

**EL DERECHO COMO FENÓMENO PSICOLÓGICO-SOCIAL Y LA
POSIBILIDAD DE UNA CIENCIA JURÍDICA AVALORATIVA**

OSCAR VERGARA LACALLE

EL DERECHO COMO FENÓMENO
PSICOLÓGICO-SOCIAL Y LA POSIBILIDAD DE
UNA CIENCIA JURÍDICA AVALORATIVA

Un estudio sobre el pensamiento de K. Olivecrona

Tesis doctoral

Director : Prof. Dr. Pedro Serna Bermúdez

UNIVERSIDADE DA CORUÑA

FACULTADE DE DEREITO

2002

A mis padres

*A Marta, que empezó siendo mi novia y
acabó felizmente siendo mi esposa*

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	15
INTRODUCCIÓN.....	17

CAPÍTULO PRIMERO

CONTEXTO HISTÓRICO Y DE PENSAMIENTO

I. APUNTE BIOGRÁFICO.....	31
II. LA ESCUELA DE UPPSALA: ORIGEN E INSERCIÓN EN EL PANORAMA INTERNA- CIONAL	44
1. El realismo en Suecia a principios del siglo XX	44
2. Otros movimientos realistas contemporáneos.....	47
3. El neorrealismo de Moore	50
4. El positivismo lógico	52
5. La transición al realismo de la filosofía del Derecho rusa de principios del siglo XX.....	55
III. POSTULADOS FUNDAMENTALES DE LA ESCUELA DE UPPSALA. BASES DEL REA- LISMO JURÍDICO ESCANDINAVO.....	65
1. Subjetivismo epistemológico, realidad y metafísica	67
2. La imposibilidad del conocimiento práctico	79
IV. HACIA UNA CIENCIA REALISTA DEL DERECHO	89
1. La clarificación del lenguaje jurídico	89
2. Derecho y bienestar social: ¿es posible una ciencia avalorativa del Dere- cho?.....	94

CAPÍTULO SEGUNDO

UN PROYECTO DE SABER JURÍDICO. FILOSOFÍA Y CIENCIA DEL DERECHO

I. LO REAL Y LO COGNOSCIBLE EN OLIVECRONA	104
II. MISIÓN DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO. LA CIENCIA JURÍDICA	107
III. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE INVESTIGACIÓN	113
IV. ANÁLISIS DEL LENGUAJE, HISTORIA DEL DERECHO Y PSICOLOGÍA JURÍDICA	123
V. IUSNATURALISMO, IDEOLOGÍA Y METAFÍSICA	135
VI. OBSERVACIONES CRÍTICAS	140
1. Algunos prejuicios persistentes	140
2. Insuficiencias metodológicas	145
3. Los límites del método empírico	148
4. Sobre la coherencia interna del pensamiento olivecroniano	152

CAPÍTULO TERCERO

EL REALISMO ESCANDINAVO COMO ALTERNATIVA

I. LA SUPERACIÓN DEL IUSNATURALISMO	156
1. El Derecho natural según Olivecrona	158
a) La fórmula de la justicia	158
b) Derecho natural y derecho voluntario	160
c) El fundamento último del Derecho	162
2. La crítica de Olivecrona al Derecho natural	164
3. La concepción olivecroniana de la naturaleza humana	166
II. LA CRISIS DEL IUSPOSITIVISMO	173
1. La teoría inglesa	174
3. La teoría alemana	179
4. La teoría de la voluntad, denominador común	182
5. La filosofía jurídica del s. XX	185
a) La doctrina pura de Kelsen	187
b) La recidiva iusnaturalista	191
c) Hacia una ciencia realista del Derecho	196
III. POSITIVISMO JURÍDICO Y REALISMO ESCANDINAVO	214

CAPÍTULO CUARTO

EL LENGUAJE JURÍDICO

I. FUNCIÓN DEL LENGUAJE JURÍDICO.....	223
II. EL SIGNIFICADO EMOTIVO DE LOS TÉRMINOS JURÍDICOS.....	230
III. LA VERDAD DE LOS ENUNCIADOS JURÍDICOS.....	235
IV. EL RAZONAMIENTO EN EL DERECHO.....	242
V. CRÍTICA DE LA TEORÍA DE LAS «EXPRESIONES PERFORMATIVAS».....	244
1. Origen y originalidad de la tesis de las expresiones performativas.....	247
2. Función y naturaleza de las expresiones performativas.....	250
VI. ALGUNAS OBSERVACIONES SOBRE EL CRITERIO OLIVECRONIANO DE SIGNIFI- CADO.....	258
VII. UNA CONSIDERACIÓN ADICIONAL EN TORNO A LA NEGACIÓN DE LA DIMEN- SIÓN ILOCUCIONARIA DEL LENGUAJE.....	264
VIII. RECAPITULACIÓN.....	274

CAPÍTULO QUINTO

EL CONCEPTO DE DERECHO SUBJETIVO

I. LA HISTORIA DE LAS TEORÍAS SOBRE EL DERECHO SUBJETIVO.....	279
1. El derecho subjetivo en la tradición iusnaturalista.....	279
2. La concepción positivista de los derechos subjetivos.....	280
a) La teoría del poder de la voluntad.....	281
b) El derecho como interés jurídicamente protegido.....	283
c) El derecho como reverso de un deber.....	285
d) La teoría de la declaración.....	287
e) La teoría de la representación.....	288
f) La negación de la realidad de los derechos.....	290
g) Conclusión.....	297
II. EL DERECHO SUBJETIVO SEGÚN OLIVECRONA.....	298
1. ¿Se corresponde con algún hecho el concepto de derecho subjetivo?.....	298
2. Estructura y función principal del derecho subjetivo.....	301
3. Condiciones de operatividad del derecho subjetivo.....	304
4. Origen mágico del concepto de derecho subjetivo.....	307
5. Otras funciones del derecho subjetivo.....	309
6. Derecho subjetivo y sentencia civil.....	313

7. Breve referencia al deber jurídico.....	319
III. LA DISCUSIÓN SOBRE LA CONCEPCIÓN OLIVECRONIANA DEL DERECHO SUBJE- TIVO	320
1. La crítica de Marc-Wogau	320
2. La respuesta de Olivecrona.....	324
3. La dúplica de Marc-Wogau	327
4. Otras críticas.....	330

CAPÍTULO SEXTO

LA TEORÍA DE LA NORMA JURÍDICA

I. LA NORMA JURÍDICA COMO REGLA DE CONDUCTA.....	336
II. LA NORMA JURÍDICA COMO IMPERATIVO.....	338
III. LA NORMA JURÍDICA COMO IMPERATIVO INDEPENDIENTE.....	342
IV. NORMAS JURÍDICAS Y NORMAS MORALES	348
V. VALIDEZ Y PRODUCCIÓN DE LAS LEYES	352
1. El problema de la validez.....	352
2. La producción ordinaria de leyes.....	354
3. El efecto de los actos legislativos	356
4. La constitución	359
5. Constitución y religión.....	362
VI. OTROS MODOS DE PRODUCCIÓN DE NORMAS.....	365
1. La costumbre.....	365
2. La jurisprudencia.....	369
3. La doctrina	370
VII. LA RELACIÓN ENTRE VALIDEZ Y EFICACIA.....	371
VIII. ALGUNAS CRÍTICAS RELATIVAS A LA NATURALEZA DE LAS NORMAS JURÍDI- CAS.....	374

CAPÍTULO SÉPTIMO

FUERZA OBLIGATORIA Y ESENCIA DEL DERECHO

I. DIVERSOS INTENTOS FALLIDOS DE EXPLICAR LA FUERZA OBLIGATORIA DEL DERECHO.....	381
II. LA FUERZA OBLIGATORIA COMO VÍNCULO PSICOLÓGICO	386
III. LOS FACTORES DEL VÍNCULO OBLIGATORIO	389
1. La educación	390

2. La moral	391
3. El temor	395
4. La propaganda	397
5. Recapitulación	400
IV. EL DERECHO CONSISTE ESENCIALMENTE EN FUERZA ORGANIZADA	401
1. Derecho y fuerza son homogéneos	406
2. La distinción entre normas primarias y secundarias es relativa	408
V. ESTADO, PODER Y DERECHO	411
VI. LUCES Y SOMBRAS DE LA TEORÍA MARXISTA DEL DERECHO	416
VII. REVOLUCIÓN Y DERECHO	420
VIII. EL PROBLEMA DEL DERECHO INTERNACIONAL	426

CAPÍTULO OCTAVO

VALORES, VALORACIONES Y CONOCIMIENTO JURÍDICO. UN APUNTE CRÍTICO

I. LA REFLEXIÓN DE OLIVECRONA EN TORNO A LA II GUERRA MUNDIAL	433
II. HACER UNA UNIÓN EUROPEA	441
III. ¿HAY MÁS COSAS QUE SE DEBAN HACER? POSIBILIDADES DE FUNDAMENTAR EL DEBER JURÍDICO	450
1. La justicia	452
2. El Derecho natural	457
3. Los fines del Derecho	459
a) Punto de vista externo	460
b) Punto de vista interno	462
IV. ¿SE PUEDE CONSEGUIR UN ACUERDO SOBRE LOS FINES? RUDIMENTOS DE U- NA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN	468
V. ¿HAY FINES INHERENTES EN EL DERECHO?	471
1. Protección de la vida humana y orden público	472
2. Paz y seguridad	476
3. Economía y bienestar	479
4. Sobre el carácter objetivo de estos fines	480
VI. LA DETERMINACIÓN DEL CONTENIDO DEL DERECHO	484
VII. NORMA INJUSTA Y FUERZA OBLIGATORIA	485
CONCLUSIONES	489
BIBLIOGRAFÍA	497

ABREVIATURAS

<i>ARSP</i>	<i>Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie</i> , Stuttgart, Franz Steiner, 1933-.
<i>GS</i>	OLIVECRONA, Karl, <i>Gesetz und Staat</i> , trad. alemana de E. Blauert, Copenhagen, Ejnar Munksgaard, 1940.
<i>LF/I</i>	OLIVECRONA, Karl, <i>Law as fact</i> , Copenhagen, Ejnar Munksgaard, 1939.
<i>LF/II</i>	OLIVECRONA, Karl, <i>Law as fact</i> , Londres, Stevens & Sons, 1971.
<i>RIFD</i>	<i>Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto</i> , Milán, Società Italiana di Filosofia del Diritto, Fratelli Bocca, 1921-.
<i>SSL</i>	<i>Scandinavian Studies in Law</i> , Estocolmo, Facultad de Derecho, Universidad de Estocolmo.
Th.	Theoria: Tidskrift för Filosofi och Psykologi, Gotemburgo, Wettergren & Kerbers, 1935-.

INTRODUCCIÓN

Karl Olivecrona es uno de los más destacados representantes del denominado realismo jurídico escandinavo, movimiento filosófico al que pertenecen también Axel Hägerström, Vilhelm Lundstedt y, en algunas de sus obras, Alf Ross¹. A pesar de su trascendencia no existe ningún estudio extenso sobre su pensamiento, aunque sí artículos sobre diversas cuestiones tratadas por Olivecrona². Sobre el realismo jurídico escandinavo en ge-

¹ PATTARO, E., «In ricordo di Karl Olivecrona», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1980, p. 1520.

² Tal vez haya sido en Italia donde ha suscitado un interés mayor. Quien más se ha ocupado de él ha sido Pattaro. *Cfr.*, por ejemplo, PATTARO, E., «Riflessioni su Olivecrona», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1968, pp. 721-764. Entre nosotros, Montoro Ballesteros le ha dedicado algún artículo. *Vid.*, por ejemplo, MONTORO BALLESTEROS, A., «Notas sobre el realismo jurídico escandinavo: Derecho, efectividad e imperativismo jurídicos en Karl Olivecrona», en *Archivos de la Cátedra Francisco Suárez*, 1972, pp. 65-106. Un autor en España que asume en líneas generales los planteamientos olivecronianos es R. Hernández Marín, por lo que es fácil encontrar en sus trabajos referencias a la obra de Olivecrona, si bien no tenemos noticia de que le haya dedicado ningún estudio específico.

neral existen varios tratados monográficos, que no dejan de explicar y comentar destacadamente el pensamiento de Olivecrona³. Entre los autores mencionados, sobre quien más se ha escrito es, sin duda, sobre Ross, el cual además ha sido protagonista de numerosos debates iusfilosóficos a lo largo del siglo XX⁴. El pensamiento de Hägerström ha sido objeto de distintos estudios, principalmente en Suecia, pero hay también una excelente monografía en italiano acerca del pensamiento jurídico de este autor⁵. Los menos estudiados han sido, pues, Lundstedt y

³ Entre otros, VOGEL, Hans-Heinrich, *Der skandinavische Rechtsrealismus*, Frankfurt am Main, Alfred Metzner, 1972; OLSON, R. E. y PAUL, A. M., *Contemporary Philosophy in Scandinavia*, Baltimore-Londres, 1972; CASTIGNONE, Silvana, *La macchina del diritto. Il realismo giuridico in Svezia*, Milán, Edizioni di Comunità, 1974; STRÖMHOLM, Stig y VOGEL, Hans-Heinrich, *Le «réalisme scandinave» dans la philosophie du droit*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1975; BJARUP, Jes, *Skandinavisk Realismus*, Friburgo/Munich, Karl Alber, 1978; HIERRO, Liborio L., *El realismo jurídico escandinavo. Una teoría empirista del derecho*, Valencia, Fernando Torres, 1981.

⁴ Las monografías no son muchas, sin embargo. Tenemos noticia de las siguientes: BONSIGNORI, F., *L'ideologia della definizione del diritto e il pensiero di Alf Ross*, Pisa, 1973; HANSEN, C. B., *Retsfilosofi. Til kritik af Alf Ross (Filosofía del Derecho. Crítica a Alf Ross)*, Odense, 1976.

⁵ PATTARO, Enrico, *Il realismo giuridico scandinavo, I. Axel Hägerström*, Bolonia, Cooperativa Libreria Universitaria Editrice, 1974. Existen más estudios monográficos, pero no sobre aspectos jurídicos. En lengua sueca, se pueden citar las siguientes: FRIES, M., *Verklighetsbegreppet enligt Hägerström (El concepto de realidad en Hägerström)*, Uppsala, 1944; MARC-WOGAU, K., *Studier till Axel Hägerströms filosofi (Estudios sobre la filosofía de Hägerström)*, Estocolmo, 1968. E incluso una tesis doctoral: SANDIN, R. T., *Axel Hägerström's Philosophy of Religion with special Reference to his*

Olivecrona, razón por la cual parece justificarse aún más la presente monografía.

Olivecrona fue profesor de Derecho procesal en la Universidad de Lund, donde publicó una buena cantidad de obras sobre esta disciplina. Además, y como consecuencia del contacto que mantuvo con Hägerström, publicó diversos trabajos de filosofía del Derecho, pero no tantos como los que posiblemente habría producido si su dedicación a esta segunda disciplina hubiera sido exclusiva. Esto ha facilitado que se hayan podido manejar todos ellos en orden a la elaboración de la presente tesis. Uno de sus objetivos ha sido precisamente intentar exponer con la mayor fidelidad posible la solución que Olivecrona propone a los problemas del pensamiento jurídico que atrajeron su atención: la naturaleza y función del lenguaje jurídico y de los conceptos jurídicos básicos, la teoría de la norma jurídica y la cuestión de la obligatoriedad del Derecho.

Pero el presente estudio pretende ir más allá, pues no puede desgajarse la solución de un problema del punto de vista que se ha adoptado para obtenerla. Olivecrona continúa el análisis empírico-crítico de las nociones jurídicas fundamentales comenzado por su maestro Hägerström, por cuya filosofía sentía una admiración profunda. Es en Hägerström y no en él donde hay que buscar una justificación del método empleado por ambos.

Theory of Knowledge and his Concept of Reality, tesis doctoral, Universidad de Minnesota, 1959.

Para Hägerström, la realidad consiste en la autoidentidad⁶. Lógicamente, es necesario un contexto único al que referir la identidad consigo mismo, que no puede ser más que el espacio-temporal, porque el ser consciente que tiene la representación del objeto no puede distinguirse de otros seres conscientes más que en el espacio y en el tiempo⁷. Pero nociones como «deber» o «derecho subjetivo» no pueden verificarse en términos de hechos existentes en el espacio y en el tiempo. Su origen, entonces, no puede ser más que «místico»⁸. De ahí el interés que pone Hägerström en estudiar sistemas jurídicos como el romano, donde, en su opinión, dicho origen se manifiesta de manera genuina⁹.

El mundo jurídico, para Olivecrona, no existe al margen del mundo natural. Lo contrario equivaldría a admitir la posibilidad de que hubiera realidades fuera de las coordenadas del espacio y del tiempo. Por ello, la ciencia del Derecho debe versar sobre hechos¹⁰. Dicho con otras palabras: puesto que para Olivecrona el Derecho es un hecho, como tal debe estudiarse. Toda la obra de este autor es, así, un empeño por estudiar qué clase de hecho

⁶ HÄGERSTRÖM, A., «A Summary of my Philosophy», en *Philosophy and Religion*, trad. de R. T. Sandin, Londres, George Allen & Unwin Ltd., 1964, pp. 50-54.

⁷ *Ibid.*, pp. 54 ss.

⁸ HÄGERSTRÖM, A., Capítulo introductorio a *Der römische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung*, vol. I, 1927, en *Inquiries into the Nature of Law and Morals*, trad. de C. D. Broad, Uppsala, Almqvist & Wiksell, 1953, pp. 6-8.

⁹ *Ibid.*, p. 16.

¹⁰ *LF/II*, p. 172.

es el Derecho. Para él, la estimativa jurídica carece de fundamento objetivo. Los juicios de valor no pueden ser ni verdaderos ni falsos. Esto equivaldría a confundir ideología y verdad objetiva, pues los hechos, a su juicio, no son ni buenos ni malos, ni debidos ni indebidos¹¹.

En este trabajo se intentará poner de manifiesto que la decisión de Olivecrona de adoptar el método empírico y avalorativo no es en sí misma ni empírica ni avalorativa; antes bien, es ideológica o valorativa, en el mismo sentido en que Serna critica el cientificismo de Kelsen¹². Al mismo tiempo, se intentará mostrar cómo en la propia descripción empírica del Derecho que efectúa Olivecrona se entrevera la presencia de elementos axiológicos relevantes.

La necesidad de estudiar el Derecho como hecho le viene a Olivecrona por tradición. El capítulo primero se dedica, por ello, a analizar el contexto de pensamiento que conforma dicha tradición. Ello permitirá, además de introducir al lector en el pensamiento de Olivecrona, captar las líneas básicas de su comprensión de la realidad y del conocimiento, y de su precomprensión del Derecho. En ese capítulo se llevará a cabo, pues, una aproximación al realismo jurídico escandinavo y a la filosofía general de la Escuela de Uppsala, que sienta las bases ontológicas y epistemológicas de aquél. Miembro y fundador de ambas es-

¹¹ GS, p. 124.

¹² SERNA, P., «Sobre las respuestas al positivismo jurídico, en *Persona y Derecho*, 37 (1997), pp. 295-299. Argumento desarrollado por RIVAS, P., «Kelsen y la definición del Derecho», en *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, 3 (1999), pp. 481-491.

cuelas, el primero que realiza la transición del realismo en general al realismo jurídico es el citado Hägerström.

En el segundo capítulo se expondrá la teoría de la ciencia jurídica que resulta, a juicio de Olivecrona, de la ontología y la epistemología asumidas. Se intentará averiguar también cuál es, para él, la misión de la filosofía del Derecho y de qué disciplinas auxiliares se ha de valer para darle cumplimiento.

La determinación del ideal de ciencia jurídica le permite al profesor sueco discriminar entre las distintas teorías del Derecho que se han propuesto a lo largo de la historia, según estén más o menos distantes de él. En el capítulo tercero se expondrá la crítica que Olivecrona hace de ellas, y se planteará la cuestión de si su concepción de la historia de la filosofía del Derecho no es también fruto de una posición ideológica, a lo que apunta su discutible calificación del iusnaturalismo como autocontradictorio (ep. II.4.b); o su identificación del positivismo jurídico mediante una tesis que el propio Olivecrona considera iusnaturalista (ep. II.3); o la afirmación de que la teoría de Bentham se dirige a dar una explicación empírica del fenómeno jurídico (ep. II. 1), y otras que se irán señalando oportunamente.

El método científico señalado da lugar, a su vez, a una teoría del Derecho como hecho. En esa teoría los temas centrales que acaparan el interés de Olivecrona son, en nuestra opinión, cuatro: el lenguaje jurídico, el concepto de derecho subjetivo, la teoría de la norma jurídica y la cuestión de la obligatoriedad del Derecho¹³. A cada uno de ellos se destinan sendos capítulos.

¹³ Este último tema se relaciona con al cuestión de las relaciones entre Derecho y fuerza. Esta selección de temas coincide, pues, con la que hace Rodrí-

El capítulo cuarto se dedica al primero de los temas, a saber, el lenguaje jurídico, materia a la que Olivecrona dedica un especial interés, determinado, en su opinión, por el escaso número de publicaciones existente al respecto¹⁴. La visión olivecroniana del lenguaje jurídico está integrada por dos aspectos, que son objeto de tratamiento en este capítulo: por una parte, una determinada teoría del significado y, por otra, una teoría de las funciones del lenguaje que considera a la función directiva como función cardinal del lenguaje jurídico y niega, en consecuencia, la función o dimensión ilocucionaria del lenguaje no sólo jurídico, sino general.

En el siguiente capítulo se aborda el concepto realista de derecho subjetivo. Este capítulo se sitúa inmediatamente después del relativo al lenguaje jurídico por la estrechísima relación existente entre ambos temas en el pensamiento de Olivecrona. De hecho, las tesis del autor sueco sobre el lenguaje jurídico se ejemplifican en el concepto del derecho de propiedad¹⁵.

La teoría de Olivecrona acerca de la norma jurídica se aborda en el capítulo sexto. Como es sabido, Olivecrona define las normas jurídicas como «imperativos independientes». En el mencionado capítulo se procurará explicar esta definición y

guez Molinero sobre los temas relevantes en la filosofía jurídica de Olivecrona (*Vid. RODRÍGUEZ MOLINERO, M., Introducción a la filosofía del Derecho*, Madrid, Universidad Complutense, 2000, pp. 236-237).

¹⁴ Su principal trabajo sobre este tema es de 1962: OLIVECRONA, K., «Legal Language and Reality», en *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, Nueva York, Bobbs-Merrill Company, 1962, pp. 151-191.

¹⁵ OLIVECRONA, K., «Legal Language and Reality», *op. cit.*

aclarar la relación que establece entre las normas jurídicas y las normas morales, así como la visión realista de la producción normativa, que permite un enfoque más adecuado de los conceptos de validez y eficacia y de sus relaciones: para el autor sueco, ambas nociones convergen en la constitución y se remontan al fenómeno religioso.

En el capítulo séptimo se estudian dos temas: la fuerza obligatoria del Derecho y lo que podríamos denominar la esencia de lo jurídico. La razón por la que se abordan conjuntamente es que, según Olivecrona, con carácter habitual el Derecho se define precisamente como un conjunto de normas obligatorias, si bien los intentos de explicarlo en estos términos se han sucedido en el fracaso. Por ello se precisa de una nueva interpretación.

Finalmente, en el último capítulo se ensayan unas consideraciones críticas centradas en torno a la idea de que la visión empirista de Olivecrona, en la medida en que refleja la realidad—aunque sólo determinado aspecto—, no puede dejar de ofrecer datos que, para su comprensión, exigen la aplicación de otro enfoque diferente, confirmando así la insuficiencia de la aproximación empirista. En efecto, a nuestro juicio, la misma actividad de los operadores jurídicos, aun registrada empíricamente, apunta a la presencia de valores, pues el Derecho, como toda obra humana, no puede dejar de manifestarlos. Se analiza también si en el pensamiento jurídico de Olivecrona no se atisba un reconocimiento de valores específicos del Derecho. De confirmarse este resultado, nos encontraríamos ante un fenómeno paradójico: el empirismo rechaza la valoración—por acientífica—pero acoge de un modo u otro los valores.

Este trabajo se inserta en una de las líneas de investigación que desarrolla desde hace años su director, a saber, el análisis crítico del positivismo jurídico. Además de la tesis doctoral del propio Serna sobre el positivismo conceptual y algunos otros trabajos suyos¹⁶, pueden mencionarse varios estudios realizados bajo su dirección¹⁷ y otros en curso de realización¹⁸. De todos ellos se ha beneficiado el presente estudio.

Desde el punto de vista metodológico, la mayor dificultad que se ha presentado en la realización de esta tesis ha sido la bibliográfica, pues buena parte del material necesario no estaba disponible en España. Cuando se comenzó su elaboración no todos los catálogos bibliotecarios eran accesibles mediante internet y los catálogos colectivos eran contados. Por ello, la labor de recopilación tanto de la bibliografía principal como de la secundaria ha sido lenta y laboriosa. Otra dificultad, más aparente

¹⁶ Cfr. SERNA, P., *Positivismo conceptual y fundamentación de los derechos humanos*, Pamplona, Eunsa, 1990; «En defensa de C. S. Nino. Algunas consideraciones sobre el iusnaturalismo», en *Persona y Derecho*, 23 (1990), pp. 307-330; «Algunas consideraciones sobre el iusnaturalismo», en MASSINI, C. I., *El iusnaturalismo actual*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, pp. 299-320; «Sobre las respuestas al positivismo jurídico, op. cit., pp. 295-299; «Sobre el "Inclusive Legal Positivism". Una respuesta al Prof. Vittorio Villa», en *Persona y Derecho*, 43 (2000), pp. 96-146.

¹⁷ ORREGO, C., *H. L. A. Hart. Abogado del positivismo jurídico*, Pamplona, Eunsa, 1997; CRUZ, L. M., *Derecho y expectativa. Una interpretación de la teoría jurídica de Jeremy Bentham*, Pamplona, Eunsa, 2000; RIVAS, P., «Kelsen y la definición del Derecho», op. cit., pp. 481-491, y BLANCO, S., *Positivismo metodológico y racionalidad política. Una interpretación de la teoría jurídica de C. S. Nino*, Granada, Comares, 2002.

¹⁸ SILVA, M., *El positivismo jurídico de Norberto Bobbio*.

que real, ha sido la idiomática. Siempre es aconsejable dominar la lengua del autor sobre cuya obra se escribe, en este caso la sueca. En efecto, todas las obras de Derecho procesal de Olivecrona están en esa lengua. Sin embargo, sus trabajos de filosofía del Derecho, y aun de Derecho romano, han sido escritos por él en inglés y, en algunos casos, en alemán, lenguas que manejaba perfectamente¹⁹.

¹⁹ Es cosa cierta que Olivecrona escribió directamente en inglés. Sólo una de sus obras en este idioma ha sido traducida: *The Acquisition of Possession in Roman Law*, trad. de A. H. King, Lund, Gleerup, 1938. En los demás casos se sabe por los agradecimientos que el profesor de Lund sólo requirió una corrección de estilo. No es tan clara la cuestión por lo que se refiere a la lengua alemana. Es claro que Olivecrona la conocía perfectamente, pues las citas en este idioma son sobremanera abundantes a lo largo de toda su producción. Hay que añadir que de los 27 artículos y otros trabajos menores publicados por Olivecrona manejados para esta tesis, en ninguno de ellos aparece traductor alguno, y por lo que se refiere a las 11 monografías de este autor que se han utilizado—de las cuales 6 son en alemán—, sólo en 3 se menciona el traductor: *The Acquisition of Possession in Roman Law*, op. cit.; *Das Werden eines Königs nach altschwedischem Recht. Der Königsritus als magischer Akt*, trad. de Karl Wührer, Lund, Gleerup, 1947, y *Gesetz und Staat*, trad. de E. Blauert, Copenhagen, Ejnar Munksgaard, 1940. En otros 2, únicamente se hace mención de la traducción, pero no del traductor: *England oder Deutschland?, [eine autorisierte Übersetzung]*, Lübeck, 1941 e *Ideologie und Realität des Geldes, [eine Übersetzung des englischen Originalmanuskripts]*, Lund, Gleerup, 1948. Por lo tanto, hay 2 monografías publicadas en alemán en las que no consta que hayan sido traducidas, a saber, *Der Imperativ des Gesetzes*, Copenhagen, Munksgaard, 1942 y *Europa und Amerika*, Berlin, 1943. Sin embargo, teniendo en cuenta que otras obras de la misma época están traducidas, lo más probable es que también éstas hubieran sido traducidas. Una última observación. La tendencia que ha seguido Olivecrona ha sido la de publicar cada vez menos en alemán y más en inglés. De los 14 trabajos

Lo anterior se comprende bien si se toma en cuenta que los realistas escandinavos compartieron la creencia de estar llevando a efecto una auténtica revolución en el pensamiento jurídico y la consiguiente urgencia por difundirla internacionalmente²⁰. De hecho, Olivecrona fue un gran divulgador de la obra de su maestro Hägerström. Y divulgar quiere decir aquí principalmente editar en otros idiomas, sobre todo en inglés. Con esto queremos decir que no hay afirmaciones sustanciales que Olivecrona no haya expresado directamente al menos en inglés o, hasta la década de los años cincuenta, en alemán. Esperamos de este modo excusar el no haber hecho uso de las fuentes suecas²¹.

Esta tesis no habría sido posible sin la ayuda de muchas personas. Debo dar las gracias, en primer lugar, a su director, el

en alemán que hemos manejado, 9 corresponden a la década de los cuarenta, mientras que 2 son de la década de los cincuenta y 3 de los setenta. Sin embargo, de los 24 trabajos en inglés manejados, 10 son publicados en la década de los setenta, 4 en la de los sesenta, 6 en la de los cincuenta y sólo 3 en los cuarenta y 2 en los treinta.

²⁰ Basten estas palabras de Lundstedt, escritas poco antes de morir : «Estas ideas [sus ideas sobre el Derecho y la sociedad] son de la mayor importancia para el destino presente y futuro de la humanidad. Y aunque siempre he tratado de superar los estrechos confines de mi comunidad lingüística de origen publicando mis trabajos principales en inglés y en alemán (algunos pocos también en francés), me siento ahora con el privilegio y la obligación de ofrecer un resumen de mi contribución a la ciencia del Derecho a la gran audiencia de habla inglesa de este mundo nuestro» (LUNDSTEDT, A. V., *Legal Thinking Revised. My Views on Law*, Estocolmo, Almqvist & Wiksell, 1956, p. 5.)

²¹ Nos confirmaron en la legitimidad de este proceder los Profs. A. Aarnio, de la Universidad de Tampere, y H.-H. Vogel, de la Universidad de Lund.

Prof. Pedro Serna, que desde el primer momento en la Universidad de Navarra confió en mi trabajo, y me brindó su apoyo y amistad, preocupándose siempre de proporcionarme la debida formación y de facilitarme las vías de financiación oportunas. Gracias a él pude venir hace tres años a la Universidad de La Coruña, y pude también entrar en contacto con la Universidad de Piura (Perú), de cuyo cuerpo docente tengo el inestimable honor de formar parte. Del magisterio del Prof. Serna son tributarias muchas de las aportaciones que pueda haber en este trabajo. Debo mencionar también al Prof. Alejandrino Fernández Barreiro, que revisó las partes que guardan relación con el Derecho romano.

Me encuentro en deuda también con la Universidad de Navarra y con la Universidad de Piura, que contribuyeron a financiar una parte de esta tesis.

Doy las gracias, finalmente, a todas aquellas personas que, de un modo u otro, han contribuido a llevar a cabo este trabajo. En especial, a Marta, mi esposa, por su estímulo constante y la amorosa abnegación con la que ha sobrellevado las largas ausencias que me ha deparado la vida universitaria; a mis padres, cuyo permanente apoyo moral y económico es sólo un testimonio más de su amor, sin el cual no habría podido realizar esta tesis, que es más suya que mía; así como a mi hermana, con todo cariño. También debo agradecer por su desinteresada ayuda a todos los miembros del área de Filosofía del Derecho de la Universidad de La Coruña, que tan amablemente me han acogido, así como al resto de amigos y compañeros de esta Universidad y de las Universidades de Piura y Navarra, cuya relación sería tan prolija que exigiría un nuevo capítulo.

CAPÍTULO PRIMERO

CONTEXTO HISTÓRICO Y DE PENSAMIENTO

Comprender la obra de un autor aconseja tener en cuenta el contexto vital y de pensamiento en que aquélla se origina y desarrolla. En este sentido, la luz con la que la propia tradición de pensamiento ilumina al intérprete cuando éste se enfrenta con un texto es insuficiente para su cabal comprensión, y precisa ser integrada y fundida con la tradición de pensamiento a la que el autor del texto pertenece. El caso que nos ocupa, en consecuencia, exige prestar atención al llamado realismo jurídico escandinavo, cuya luz, sin duda, ilumina múltiples aspectos de la filosofía del Derecho de Karl Olivecrona.

Es ésta una corriente específica de filosofía del Derecho cuya génesis y principal impulso han tenido lugar en Escandinavia, y se caracteriza primordialmente por una concepción del Derecho avalorativa y de índole psicológico-social, cuyos fundamentos teóricos vienen proporcionados por la filosofía general de la llamada Escuela de Uppsala. Como punto de unión entre ambas escuelas es preciso mencionar al filósofo sueco Axel An-

ders Theodor Hägerström (1868-1939)¹, fundador de dicha Escuela y desde pronto interesado por la filosofía jurídica².

La separación entre la Escuela de Uppsala y el realismo jurídico escandinavo no es nítida, y hay estudiosos que prefieren no hacer distinciones y englobar la vertiente jurídica dentro de la más general Escuela de Uppsala. No obstante, lo habitual es mantener esa distinción³.

¹ Existe una biografía publicada por su hija, Margit WALLER, titulada *Axel Hägerström, människan som få kände*, (*Axel Hägerström, el hombre que sabía poco*), en *Natur och Kultur*, 1961, en que está basada la versión de R. T. Sandin («Memoir of Axel Hägerström»), recogida en HÄGERSTRÖM, A., *Philosophy and Religion*, op. cit., pp. 15-29. Sobre su bibliografía, en la misma obra, vid. pp. 313-318. Podemos recomendar también la publicada por PATTARO, E., en *Il realismo giuridico scandinavo. vol. I, Axel Hägerström*, op. cit., pp. 283 ss.

² En ocasiones se alude como cofundador a Adolf Phalén (1884-1931). Robert T. Sandin considera, sin embargo, que si bien puede decirse que Hägerström funda la Escuela, el desarrollo de sus ideas es debido al trabajo de un conjunto de filósofos extraordinarios, entre los que Phalén se cuenta en un lugar destacado: vid. SANDIN, R. T., «Translator's Preface», en HÄGERSTRÖM, A., *Philosophy and Religion*, op. cit., p. 11.

³ Así, en los tratados monográficos sobre el realismo jurídico escandinavo de Vogel, Castignone, Bjarup, Hierro o Martin. Acerca de la relación entre la Escuela de Uppsala y el realismo jurídico escandinavo vid., CASTIGNONE, S., *La macchina del diritto. Il realismo giuridico in Svezia*, op. cit., p. 19; MARTIN, M., *Legal Realism. American and Scandinavian*, Nueva York, 1997, pp. 126-128; STRÖMHOLM-VOGEL, *Le «réalisme scandinave» dans la philosophie du droit*, op. cit., pp. 4-5 y 43; BJARUP, Jes, *Skandinavisk Realismus*, op. cit., pp. 9-10, 13, 16; VOGEL, H.-H., *Der skandinavische Rechtsrealismus*, op. cit., p. 9.

La acuñación que en los años treinta se produjo del término realismo jurídico escandinavo fue resultado del influjo que las ideas propuestas por Hägerström tuvo en una serie de juristas nórdicos, que las acogieron, difundieron y desarrollaron. Como más destacados se citan habitualmente, además de a Hägerström y a Olivecrona, a Anders Vilhelm Lundstedt (1882-1955) y Alf Ross (1899-1979). Salvo Ross, que es danés, todos los demás son suecos.

En este capítulo se expondrá un esbozo de la génesis de la Escuela de Uppsala, matriz del realismo jurídico escandinavo. Asimismo se intentará explicar qué sentido tiene en este contexto el término «realismo», pero sólo en la medida en que ello contribuya a la comprensión del pensamiento olivecroniano. Antes, una breve biografía.

I. APUNTE BIOGRÁFICO

Karl Hans Knut Olivecrona nació en Uppsala (Suecia) el 25 de octubre de 1897. Siendo su padre juez, en 1915 comenzó los estudios de Derecho, que terminó en 1920 en la Universidad de su ciudad natal. En esa Universidad fue nombrado «docente»—grado que en su país constituía el primero de la carrera universitaria—tras la obtención del título de doctor con una tesis sobre el concepto de persona jurídica en el Derecho romano y moderno. En 1933 consiguió la cátedra de Derecho procesal civil en la Universidad de Lund, donde ejerció como profesor hasta la jubilación, en 1964. Su muerte acaeció el 5 de febrero de 1980.

Como declara en sus memorias⁴, el interés por la teoría del Derecho nació en él muy temprano. Siendo todavía estudiante, se sentía «insatisfecho» con la enseñanza que recibía y los libros al uso; le parecía imposible llegar a los conceptos jurídicos fundamentales, y las controversias doctrinales le resultaban «desconcertantes»⁵.

En esta situación conoció, a través de Lundstedt—entonces profesor Derecho privado y romano en Uppsala—, la filosofía del Derecho de Hägerström, que a la sazón enseñaba filosofía práctica en la misma Universidad. Después—en 1920—comenzó a asistir a sus seminarios, que causaron en él profunda impresión. Él mismo declara sentirse «entusiasmado» porque, por primera vez, entendía completamente una exposición de filosofía del Derecho. Si su deseo fue siempre dedicarse al quehacer universitario—comenta—, a partir de entonces ese deseo se hizo inquebrantable⁶, como inquebrantable fue, en efecto, durante toda su vida el empeño en construir una teoría realista del Dere-

⁴ «Memorie autografe di Karl Olivecrona», en OLIVECRONA, Karl, *La realtà del diritto. Antologia di scritti*, S. Castignone, C. Faralli y M. Ripoli, eds., Turín, Giappichelli, 2000, pp. 9-40. Traducidas y anotadas por Carla Faralli, estas memorias, que han sido editadas por primera vez en esta antología, fueron escritas por el propio Olivecrona y enviadas a principios de los años setenta al profesor Enrico Pattaro, mientras éste preparaba la edición italiana de la segunda edición inglesa de *Law as fact*. Sin embargo, hasta el año 2000, en que fueron cedidas por el profesor italiano para la mencionada antología, no fueron publicadas. El presente epígrafe, en gran parte, está basado en ellas.

⁵ *Ibidem*.

⁶ *Ibidem*.

cho, combatiendo igualmente las teorías iusnaturalistas y las positivistas. La fe en esta empresa y la novedad que entrañaba el credo realista en el mundo del Derecho le dieron la energía y la fuerza necesarias para no desfallecer ante la resistencia e incomprensión generales que debió de experimentar, no tanto en Suecia como en el resto del mundo occidental, que, salvo casos aislados—algún eco tardío llegó a encontrar en Italia—parecía discurrir por vías totalmente distintas.

En aquel tiempo, la teoría del Derecho sueca estaba fuertemente influida por la ciencia jurídica alemana, cuyo positivismo era considerado como *la* teoría científica del Derecho⁷. Por su parte, el iusnaturalismo no tenía más interés que el puramente histórico. Sin embargo, la asistencia a los seminarios de Hägerström y, sobre todo, la lectura de dos obras suyas⁸, hicieron que Olivecrona empezara pronto a poner en tela de juicio el iuspositivismo. Fueron dos las conclusiones a las que llegó por entonces:

«1.^a) Que la teoría voluntarista del Derecho era insostenible en cuanto el Derecho no puede ser expresión de una voluntad;

»2.^a) que los seguidores del positivismo jurídico no eran coherentes en sus razonamientos; de hecho, aun definiendo las normas co-

⁷ Entre sus epígonos, ninguno era tan famoso y señalado como Jhering.

⁸ Las obras a las que se refiere son las siguientes: HÄGERSTRÖM, A., «Är gällande rätt uttryck av vilja?» (¿Es el Derecho positivo una expresión de voluntad?), en *Festskrift tillägnad Vitalis Norström*, 1916, pp. 171-210; *Till frågan om den gällande rättens begrepp* (Sobre la cuestión del concepto de Derecho válido), I, 1917, recogidas ambas y traducidas al inglés en HÄGERSTRÖM, A., *Inquiries into the Nature of Law and Morals*, op. cit.

mo mandatos de una autoridad legislativa o manifestaciones de su voluntad, afirmaban que las normas expresaban un deber»⁹.

Por los mismos años, Lundstedt publicó un trabajo sobre la justificación de la pena, en el que la influencia de la crítica hägerströmiana al profesor Thyrén¹⁰ era notoria; lo cual dio lugar a una encendida y famosa polémica entre los dos profesores¹¹. Del mismo autor, y bajo el mismo influjo, es también el libro *Superstition or Rationality in Action for Peace?*, de 1927¹², donde se recogen los aspectos medulares de una serie de artículos publicados con anterioridad.

Nada más terminar la licenciatura, el joven jurista uppsalense permaneció en su ciudad durante tres años haciendo prácticas en los tribunales. Como ya había decidido dedicarse a la Universidad, se puso en contacto con Lundstedt, el cual le propuso como tema de tesis ciertos problemas relacionados con las personas jurídicas. Pero al empezar a leer las obras generales sobre el particular, se vio desbordado por las dificultades conceptuales que entrañaba la cuestión, íntimamente conectada con

⁹ «Memorie...», p. 14.

¹⁰ Este profesor había preparado el proyecto de código penal discutido en los seminarios de Hägerström a que se ha hecho referencia.

¹¹ El libro al que se refiere Olivecrona es: LUNDSTEDT, V., *Principienledning. Kritik av straffratens grundäskådnigar* (Primeros principios. Crítica de los principios fundamentales del Derecho penal), Uppsala, 1920.

¹² LUNDSTEDT, V., *Superstition or Rationality in Action for Peace? Arguments Against Founding a World Peace on the Common Sense of Justice. A Criticism of Jurisprudence*, Londres, 1927.

los conceptos de derecho subjetivo y de deber¹³. El dilema que se le planteaba era el siguiente. Él ya estaba familiarizado con el análisis de tales conceptos efectuado por Hägerström—y también por Lundstedt—, pero no veía cómo podía llevarlo a la práctica. Al respecto escribe en sus memorias:

«Los métodos tradicionales de la teoría del Derecho me parecían, de hecho, obsoletos y me resultaba imposible seguir los “muy trillados caminos” de los autores de precedentes disertaciones académicas. Pero ¿qué había que hacer? La indicación de Lundstedt de refutar los viejos conceptos no parecía por otra parte practicable»¹⁴.

Al final fue capaz de escribir una tesis de doscientas páginas, a caballo—según se ha dicho—entre ambas posiciones, la cual se componía de tres partes: una discusión de las principales teorías sobre la naturaleza de las personas jurídicas; una investigación sobre el concepto de persona jurídica en el Derecho romano, y un estudio crítico de la norma según la cual una sociedad de responsabilidad limitada se convierte en persona jurídica tras su inscripción en el registro¹⁵.

Como se ha señalado, a despecho de la influencia filosófica de Hägerström, la formación de Olivecrona era estrictamente

¹³ «Memorie...», p. 14.

¹⁴ *Ibid.*, pp. 14-15.

¹⁵ La tesis fue publicada como: *Studier över begreppet juridisk person i romersk och modern rätt* (Estudios sobre el concepto de persona jurídica en el Derecho romano y moderno), Uppsala, A.-B. Lundequistska bokhandeln, 1928. Parte de ella, como hemos dicho, se recoge en *Three Essays in Roman Law*, *op. cit.*

jurídica. En aquella época no existía en la Universidad sueca una enseñanza independiente de la teoría o la filosofía del Derecho. Únicamente existía «una modesta enseñanza» de enciclopedia jurídica, anexa primero a la cátedra de Historia del Derecho romano, y después a la de Derecho penal¹⁶. Así que Olivecrona tomó la decisión de especializarse en Derecho procesal civil, por ser lo que—afirma—mejor respondía a sus «inclinaciones», centrando su investigación en el tema de la carga de la prueba¹⁷.

En aquel entonces—escribe—la doctrina sostenía que la sentencia civil era una sentencia sobre la existencia o no de un derecho subjetivo. Esto, en su opinión, presentaba problemas que sólo se podían resolver abandonando ese punto de vista y concibiendo las sentencias como «dirigidas a guiar en general las acciones de la gente»¹⁸. El trabajo en que plasmó estas ideas, si bien no fue calurosamente acogido, le propició la cátedra de Derecho procesal civil¹⁹.

¹⁶ PATTARO, E., «In ricordo di Karl Olivecrona», *op. cit.*, p. 1522.

¹⁷ «Memorie...», p. 15.

¹⁸ *Ibid.*, p. 17. Estas ideas fueron recogidas en la obra *Beviskskyldigheten och den materiella rätten* (Carga de la prueba y Derecho sustantivo), Uppsala-Estocolmo, 1930; más tarde retomó la cuestión en: *Domen i tvistemål* (Las sentencias en los casos civiles), Lund, 1943.

¹⁹ Desde entonces, otras muchas obras suyas de Derecho procesal fueron viendo la luz. Por ejemplo, *Förfarandet vid exekutiv försäljning av fast egendom* (El procedimiento de venta forzosa de la propiedad inmobiliaria), Uppsala, 1933; *Föreläsningar över inteckningsförrordningen* (Seminarios sobre el Reglamento Hipotecario), Uppsala, 1934; *Konkursrätt* (Derecho de quiebra), Lund, 1964; *Exekutionsrätt* (Derecho ejecutivo), Lund, 1942; *Civilprocessen*

Como indica Olivecrona, Hägerström había desarrollado una dura crítica contra la «vieja estructura conceptual», pero no había hecho mucho por aportar nada nuevo. A su vez, Lundstedt aseguraba haber encontrado las bases para una teoría científica del Derecho—su teoría del bienestar social—, la cual no le acababa de convencer; y además no respondía a los problemas que le preocupaban²⁰. Por otro lado, sentía la necesidad de aclarar su concepción de los conceptos jurídicos fundamentales. Todo ello lo llevó a emprender una investigación iusfilosófica en profundidad, cuyo fruto fue la famosa obra que, publicada en 1939, lleva por título *Law as fact*²¹.

(*El proceso civil*), Lund, 1942; *Civilprocessens allmänna del* (*Parte general del proceso civil*), Lund, 1946; *Utsökning* (*El embargo*), Lund, 1978; *Fastighetspant* (*Hipoteca inmobiliaria*), Lund, 1987; *Domstolar och tvistemål* (*Tribunales y procedimientos civiles*), Lund, 1985; *Domstolsorganisationen i vissa främmande länder* (*La organización de los tribunales en determinados países extranjeros*), Lund, 1979; *De nya reglerna om exekution i fast egendom* (*Las nuevas reglas sobre ejecución de bienes inmuebles*), Lund, 1971; *Inteckning och panträtt* (*Derecho hipotecario y de prenda*), Estocolmo, 1972; *Inteckningsrätten i jordabalken* (*El Derecho hipotecario en el Código sobre Suelo Rústico*), Lund, 1976; *Inteckningsförfordningen* (*El reglamento hipotecario*), Lund, 1970; *Kompedium i processrätt för propedeutiska kursen* (*Compendio de Derecho procesal para el Curso Preparatorio*), Lund, 1965; *Straffprocessen* (*El proceso penal*), Lund, 1953; *Hur man läser gravationsbevis* (*Cómo interpretar las certificaciones de cargas*), Estocolmo, 1966. La relación no es exhaustiva; se han citado las últimas ediciones de que se tiene noticia.

²⁰ «Memorie...», p. 18.

²¹ OLIVECRONA, K., *Law as fact*, Copenhagen-Londres, Einar Munksgaard-Humphrey Milford, 1939. También hay una edición idéntica en 1962 (Lon-

En ella, su interés principal se centraba en elucidar la naturaleza de las normas jurídicas. En esta obra las define como «imperativos independientes», lo que constituye una de sus aportaciones más originales a la teoría del Derecho. Su juridicidad viene determinada por la relación con el monopolio de la fuerza en un territorio determinado, lo que es condición indispensable para la «vida civilizada»²².

Un año después, en 1940, apareció *Om lagen och staten* (Sobre el Derecho y el Estado)²³, amén de su traducción al alemán—que lleva por título *Gesetz und Staat*²⁴—, que es algo más que una mera traducción, pues contiene ciertos añadidos, alguno de los cuales de gran interés²⁵. Téngase presente que en ese momento estaba comenzando la II Guerra Mundial: precisamente la parte dedicada a las relaciones entre Derecho y fuerza es la que más alterada resultaba en la versión de 1940²⁶.

dres, Wildy & Sons). Esta obra está traducida al castellano: *El Derecho como hecho*, trad. de G. Cortés Funes, Buenos Aires, Depalma, 1959. Está también traducida al italiano (*Il diritto come fatto*, trad. de S. Castignone, Milán, Giuffrè, 1967), e incluso al japonés (*Jijitsu-toshite no ho*, trad. de Hamao Abe, Tokio, 1969).

²² «Memorie», pp. 18-19.

²³ *Om lagen och staten*, Lund, Gleerup, 1940.

²⁴ *Gesetz und Staat*, trad. de E. Blauert, Copenhague, Munksgaard, 1940.

²⁵ Habitualmente se citarán ambas obras. En el caso de que ello no sea así, de que se cite sólo una de ellas, eso significará que la referencia sólo se encuentra en una de las dos versiones y no en la otra.

²⁶ En relación con esta guerra, cabe citar también dos ensayos del autor. En primer lugar, *England eller Tyskland*, Gleerup, 1940; y København, [s. e.],

Como se suscitara algún malentendido en relación con el tratamiento que en *Law as fact* se hacía del elemento imperativo de las normas jurídicas, dos años después publicó un opúsculo que llevaba por título *Lagens imperativ* (La imperatividad de la ley), más su versión alemana (*Der Imperativ des Gesetzes*)²⁷.

Otro concepto jurídico por el que Olivecrona sentía gran interés era el de propiedad, razón por la cual emprendió una investigación sobre el correspondiente concepto romano, más en particular sobre la adquisición de la propiedad. Ésta dio como

1941. Este trabajo está traducido al alemán como *England oder Deutschland?*, Lübeck, 1941; al finlandés: *Englanti vai Saksa: Suomennos*, Helsinki, 1941; al inglés: *Britain or Germany?*, Lübeck, 1941, y al italiano: «L'avvenire dell'Europa... Con l'Inghilterra o con la Germania?: Nel giudizio di uno scrittore imparziale», en *Quaderni di politica e di economia contemporanea*, 17, Roma, 1941. En segundo lugar, *Europa och Amerika*, Lund, Sundqvist & Emond, 1941; traducida al alemán como *Europa und Amerika*, Berlin, 1943. En ambos casos se manejará la versión autorizada alemana.

²⁷ *Lagens imperativ*, Lund, Gleerup, 1942; *Der Imperativ des Gesetzes*, Copenhagen, Munksgaard, 1942. Existe una versión castellana, traducida del alemán por J. J. Santa Pinter, que aparece como apéndice a *El Derecho como hecho*, op. cit., pp. 169-197. También existe una versión italiana: «L'imperativo della legge», en *Jus*, 1954, pp. 451-467, y una versión inglesa: «The Imperative Element in the Law», en *Civil & Military Law Journal*, 1 (1964), pp. 19-32; 2/4, pp. 11-17 [sic: sólo tenemos referencia de esta versión a través de la bibliografía publicada por el Prof. Pattaro]. Sobre el mismo tema y el mismo nombre, pero con otro tratamiento, publica también: «The Imperative Element in the Law», en *Rutgers Law Review*, 1963-64, pp. 794-810.

resultado un ensayo, publicado en 1938, con el título *The Acquisition of Possession in Roman Law*²⁸.

Asimismo, le parecía que el método usado por Hägerström para analizar los conceptos jurídicos romanos podía servir también para desentrañar el sentido de los antiguos conceptos germánicos, de donde resultó *Das Werden eines Königs nach altschwedischem Recht. Der Königsritus als magischer Akt*, un estudio sobre la ceremonia de la elección real en el Derecho sueco medieval²⁹.

²⁸ *The Acquisition of Possession in Roman Law*, op. cit. Este ensayo, junto con parte de su tesis, se incluye *Three Essays in Roman Law*, Copenhagen, Munksgaard, 1949. También se puede mencionar el trabajo «Zur Frage des magischen Charakters der älteren Rechtsvorstellungen», en *Kungliga Humanistiska Vetenskapssamfundets i Lund årsberättelse*, 1956-1957, pp. 1-15, sobre la interpretación hägerströmiana de la *mancipatio*. Otros trabajos menores sobre Derecho romano son: «Några ord om löften och tillit i det gamla Rom» (Algunas palabras sobre la *promissio* y la *fides* en la antigua Roma), en *Svensk Juristtidning*, 1941, pp. 271-278; «*Animus possidendi* und Berührung beim Besitzerwerb», en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung*, 1942, pp. 462-463; «Besittningsviljans gåta» (El enigma del *animus possidendi*), en *Svensk Juristtidning*, 1942, pp. 333-334; «“Corpus” and “Collegium” in D. 3.4.1», en *Iura*, 1954, pp. 181-190. Y, a modo de recensión, la de NORDEBLAD, J. B., *Gaiusstudien. Sprachliche Bemerkungen zu den Institutionen und den Digestenfragmenten des Gaius*, en *Svensk Juristtidning*, 1933, pp. 259-260.

²⁹ *Das Werden eines Königs nach altschwedischem Recht. Der Königsritus als magischer Akt*, op. cit. Anteriormente había publicado en sueco su estudio con el título *Döma till konung. En rätthistorisk undersökning*, Lund, Gleerup, 1942; resumido en la misma lengua en 1943 («Kreationsakt och val» [Acto de creación y elección], en *Svensk Jurist-tidning*, pp. 809-814), y en

La crisis económica de los años 30 y las vivas discusiones que la siguieron llamaron su atención sobre la política monetaria. Entre las numerosas lecturas que hizo, destaca el propio Olivecrona las de los libros *General Theory of Employment e Interest and Money*, de Keynes. Con todo, sacó la conclusión de que los autores presuponían el concepto de dinero, el cual, en su opinión, distaba de ser claro. Fascinado por este problema, dedicándole sus momentos de ocio, emprendió una investigación que culminó en 1957 con el libro *The Problem of the Monetary Unit*³⁰, cuya tesis principal estaba en sintonía con su convicción—expresada ya en la primera edición de *Law as fact*—de que los conceptos jurídicos carecían de contenido semántico. Toda unidad monetaria no es, en su opinión, sino una palabra vacía, pero que, usada según ciertas reglas, responde a un fin social³¹. Esta conclusión le sirvió para emprender un estudio detenido del concepto de derecho subjetivo, cuyos primeros frutos se exponen en su obra *Derecho subjetivo y sentencia*, de 1960³², en la que se critica la teoría de la declaración—las sentencias declaran la existencia o no de derechos—, sobre la base

inglés en 1962 («Election and Creation», en *Studi in onore de Emilio Betti*, Milán, Giuffrè, pp. 383-388).

³⁰ *The Problem of the Monetary Unit*, Nueva York, MacMillan Company, 1957. Cuatro años antes había publicado esta obra en sueco, con el título *Penningenhetens Problem* (El problema de la unidad monetaria), Lund, Gleerup, 1953. En 1948 ya había anticipado algunas conclusiones en una versión en alemán, corregida y ampliada en las versiones que acabamos de citar, que llevó por título *Ideologie und Realität des Geldes*, Lund, Gleerup, 1948.

³¹ «Memorie...», p. 22.

³² *Rätt och dom*, Estocolmo, Norstedts förlag, 1960.

de que esta teoría se apoya en la creencia de que los derechos existen realmente, no siendo más que palabras vacías con una serie de funciones sociales³³.

Posteriormente, estas ideas serían vertidas en su destacado artículo «Legal Language and Reality»³⁴, de 1962, aunque valiéndose de la teoría de las «expresiones performativas» de J. L. Austin, de la que Olivecrona tuvo conocimiento después de la exposición radiofónica que aquél desarrolló en 1956—publicada después en sus póstumos *Philosophical Papers* (1961).

Tras su jubilación, en 1964, pudo dedicarse a preparar una segunda edición de *Law as fact*, de la que apareció una primera versión titulada *Rättsordningen*³⁵ (1966). Se trata en realidad de un libro completamente nuevo, que todavía resulta ampliado en la versión inglesa, a la que, a pesar de lo que se acaba de decir, denomina otra vez *Law as fact*³⁶.

³³ «Memorie...», pp. 23 ss.

³⁴ «Legal Language and Reality», en *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, Indianápolis, Nueva York, Bobbs-Merrill Company Inc., 1962, pp. 151-191. En 1964 aparece en sueco (*Det rättsliga språket och verkligheten*, Lund, Gleerup, eds. de 1964 y 1971); publicado también en español (*Lenguaje jurídico y realidad*, trad. de E. Garzón Valdés, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1968), existe, por último, una versión en italiano («Linguaggio giuridico e realtà», en *Diritto e analisi del linguaggio*, Milán, Comunità, 1976, pp. 239-283).

³⁵ *Rättsordningen. Idéer och fakta* (El ordenamiento jurídico. Ideas y hechos), Lund, Gleerup, 1966.

³⁶ *Law as fact*, 2.^a ed., Londres, Stevens & Sons, 1971. Por ser un libro completamente distinto se decidió, sin embargo, titularlo en Italia *La struttura*

Esta nueva obra—se ha dicho—tiene el mérito de que, a diferencia del primer *Law as fact*—donde Olivecrona no explicaba las premisas de las que partían sus conclusiones, con lo que podía suceder que ciertas afirmaciones no fueran entendidas por un lector europeo continental—contiene una explicación empírica del Derecho mediante una nueva elaboración sobre la formación de las normas y la función del lenguaje, la cual es insertada acertadamente por el profesor sueco dentro del marco del debate contemporáneo sobre la teoría del Derecho³⁷.

Otro mérito consiste en su rigurosa aproximación al debate iusnaturalismo-iuspositivismo, proponiendo—lo que ya es más discutible—el realismo jurídico escandinavo como *tertium genus*, pues según Olivecrona, éste tiene la virtud de eludir un elemento fundamental que el positivismo jurídico hereda de la doctrina del Derecho natural, a saber, el voluntarismo. Por último, los estudios históricos de filosofía del Derecho fueron objeto de creciente atención a partir de su jubilación³⁸.

dell'ordinamento giuridico, trad. de E. Pattaro, Milán, Etas Kompas, 1972. En España se le añade el mismo subtítulo: *El Derecho como hecho. La estructura del ordenamiento jurídico*, trad. de L. López Guerra, Barcelona, 1980.

³⁷ PATTARO, E., «In ricordo...», pp. 1530-1531.

³⁸ Cabe citar, entre otros: «Das Meinige nach der Naturrechtslehre», en *ARSP*, 1973, pp. 197-205; «Appropriation in the State of Nature: Locke on the Origin of Property», en *Journal of the History of Ideas*, 1974, pp. 211-230; «Jherings Rechtspositivismus im Lichte der heutigen Rechtswissenschaft», en *Jherings Erbe. Göttinger Symposium zur 150. Wiederkehr des Geburtstags von Rudolph von Jhering*, Gotinga, Vandenhoeck & Ruprecht, 1970, pp. 165-176; «The Will of the Sovereign: Some Reflections on Ben-

II. LA ESCUELA DE UPPSALA: ORIGEN E INSERCIÓN EN EL PANORAMA INTERNACIONAL

Doctrinalmente se ha caracterizado a la Escuela de Uppsala por un rechazo frontal de todo tipo de idealismo—epistemológico y ético—, así como de toda forma metafísica de pensar, asumiendo, por el contrario, un realismo epistemológico y una teoría no cognitivista de la ética³⁹. Para entender esto conviene tomar en cuenta que la Escuela de Uppsala se fundó en un momento de predominio casi absoluto en Suecia de la filosofía idealista. Su más destacado exponente era Christopher Jacob Boström (1797-1866), cuyo pensamiento se prolongó dominante en ese país durante la segunda mitad del siglo XIX, de modo que se puede decir que su filosofía constituía la filosofía oficial de la época⁴⁰.

1. El realismo en Suecia a principios del siglo XX

En el conocimiento—sostenía Boström—los objetos de la aprehensión del sujeto no son sino sus propios estados de conciencia. Contra esto se van a rebelar los fundadores de la Escuela de Uppsala, intentando demostrar que en el conocimiento el sujeto va más allá de la propia conciencia⁴¹.

tham's Concept of "a Law"», en *The American Journal of Jurisprudence*, 1975, pp. 95-110.

³⁹ BJARUP, J., *Skandinavischer...*, op. cit., p. 9.

⁴⁰ La mayoría de los autores se remiten para lo relativo a la fundación al artículo de SANDIN, R. T., «The Founding of the Uppsala School», en *Journal of the History of Ideas*, XXIII (1962), pp. 496-544. Aquí también se tomará como referencia principal.

⁴¹ *Ibid.*, pp. 498-499.

Como precursores de la revuelta antiboströmiana se suelen citar a Pontus Wikner (1837-1888) y Vitalis Norström (1856-1916)⁴², que anticipan tesis que tendrán un carácter fundamental en la filosofía de Uppsala. Así, Wikner, tras la crítica del subjetivismo epistemológico⁴³, llega a la conclusión fundamental de que el ser de algo es simplemente su identidad consigo mismo⁴⁴. A su vez, Nortström sostiene que «el objeto de conocimiento dado inmediatamente [...] es el objeto perceptible que está en el espacio y en el tiempo»⁴⁵.

No obstante, la primera influencia que recibió Hägerström fue la del pensamiento kantiano, cuya epistemología marca la orientación de su primera etapa filosófica. Esto se debió a que, cuando llegó a Uppsala, sus profesores fueron los ya citados

⁴² Dejando de lado ciertas disidencias internas entre los sucesores de Boström en la cátedra de filosofía práctica de la Universidad de Uppsala, que fueron Karl Yngve Sahlin y Erik Olof Burman.

⁴³ Es de interés la crítica que, tal y como la recoge Sandin, Wikner lleva a cabo de la filosofía boströmiana. Para él, toda relación presupone una distinción entre la propia relación y sus términos, de modo que no es posible que la percepción (relación) sea idéntica a aquello que es percibido (término). Para que la percepción sea posible, en consecuencia, es necesario que haya algo perceptible distinto de la propia percepción.

⁴⁴ SANDIN, R. T., «The Founding of the Uppsala School», *op. cit.*, pp. 499-500.

⁴⁵ NORSTRÖM, V., *Vad innebar en modern ståndpunkt i filosofi?*, Gotemburgo, 1898, p. 5; citado por SANDIN, R. T., «The Founding...», *op. cit.*, p. 501.

Sahlin y Burman, quienes se mantenían todavía—sobre todo Burman—en la órbita boströmiana⁴⁶.

No está claro cuándo abandonó Hägerström la ascendencia idealista, realizando una aproximación nueva al problema del conocimiento. Él sostiene que ya en su libro *Das Prinzip der Wissenschaft*, de 1908⁴⁷, se contiene esta nueva concepción⁴⁸, pero esto ha sido discutido a causa de lo abstruso del libro⁴⁹.

⁴⁶ SANDIN, R. T., «The Founding of...», p. 503.

⁴⁷ HÄGERSTRÖM, A., *Das Prinzip der Wissenschaft. Eine logisch-erkenntnistheoretische Untersuchung. I: Die Realität*, Uppsala, Almqvist & Wiksell, 1908.

⁴⁸ HÄGERSTRÖM, A., «A Summary of my Philosophy», en *Philosophy and Religion*, *op. cit.*, p. 37; publicado por primera vez como «Selbstdarstellung», *Die Philosophie der Gegenwart in Selbstdarstellungen*, vol. 7, ed. de R. Schmidt, Leipzig, Felix Meiner, 1929.

⁴⁹ La evolución que sufre el pensamiento de Hägerström se registra entre los años 1904 y 1908. Es objeto de controversia si fue Hägerström o su discípulo Phalén, quien inició la crítica antisubjetivista. Incluso se ha hablado de un segundo discípulo llamado Karl Hedvall (1873-1918), que en 1906 presentó la obra *Humes Erkenntnislehre kritisch dargestellt*, en la que la nueva visión antisubjetivista que caracteriza a la Escuela de Uppsala está netamente presente. La misma cuestión se plantea en relación con el ensayo de Phalén de 1910 titulado *Kritik av subjectivism i olika former med särskild hänsyn till transcendentalfilosofien* (*Crítica al subjetivismo en diferentes formas, con especial atención a la filosofía transcendental*), en *Festskrift tillägnad E. O. burman*, Uppsala, Appelberg, 1910. Se ha dicho en este sentido que la visión antisubjetivista de Hägerström se mostró vacilante hasta tanto no tuvo contacto en la materia con Phalén y Hedvall, quienes ya manifestaban un claro rechazo del subjetivismo. Existe en este punto una interesante polémica entre Ingemar Hedenius, Martin Fries, Gunnar Oxenstierna, Konrad Marc-Wogau

Hägerström arremete también contra la metafísica, que considera una falsa ciencia, en una empresa que lo llevará al campo del Derecho y de la moral, donde realizará la crítica de sus conceptos fundamentales.

Antes de pasar a examinar la filosofía hägerströmiana, se completará este pequeño esbozo de la situación filosófica sueca a principios de siglo tratando de mostrar su inserción en las corrientes internacionales con las que se relaciona.

2. Otros movimientos realistas contemporáneos

Se ha escrito bastante sobre la relación de la Escuela de Uppsala⁵⁰ con otras corrientes contemporáneas a ella. Habitualmente

y el propio Hägerström, que se expone en las pp. 504 ss. del artículo de Sandin que venimos citando. Puede consultarse también PATTARO, E., *Il realismo...*, op. cit., pp. 37-39, que también se hace eco de esta controversia, y menciona además a Meurling, a Apéria y a Solven. Lo único que parece claro es que mientras Hägerström fue la figura más importante en el campo de la filosofía práctica, Phalén lo fue en el campo de la filosofía teórica.

⁵⁰ Y también del realismo jurídico escandinavo. Sobre la relación de éste o de la Escuela de Uppsala con otras corrientes, vid. HIERRO, L. L., *El realismo jurídico...*, op. cit., pp. 71 ss.; VOGEL y STRÖMHOLM, *Le réalisme scandinave...*, op. cit., pp. 37 ss.; PATTARO, E., *Il Realismo giuridico scandinavo...*, op. cit., pp. 59 ss.; BJARUP, J., *Skandinavischer Realismus*, op. cit., pp. 10-11; CASTIGNONE, S., *La macchina del diritto*, op. cit., pp. 15 ss.; MARTIN, M., *Legal Realism...*, op. cit., pp. 123 ss.; VOGEL, H.-H., *Der skandinavische Rechtsrealismus*, op. cit., pp. 32 ss.; MARC-WOGAU, K., «Uppsala filosofien och den logiska empirismen», en *Ord och Bild*, 1947, pp. 30-38; PATTARO, E., prefacio a OLIVECRONA, K., *La struttura dell'ordinamento giuridico*, op. cit., pp. 26 ss., cuyo contenido se incluye en el citado *Il realismo...*; del mis-

se la compara con dos: el neorrealismo de George Edward Moore (1873-1958) y el positivismo lógico. En relación con el peso específico de la Escuela de Uppsala en el ámbito internacional, así como del realismo jurídico escandinavo, existen dos posturas. Una según la cual estas corrientes ocupan una posición periférica y otra que le otorga cierto protagonismo.

A decir de los primeros, ambas están aisladas, lo que trae causa de la especial situación de poco peso en que la filosofía sueca se encontraba hacia el año 1900⁵¹. Frente a estos argumentos se ha sostenido que, al menos en el caso de la filosofía jurídica, los trabajos más importantes de sus miembros están traducidos al alemán, al inglés, al italiano y al español, habiendo encontrado el suficiente eco en la Teoría del Derecho internacional⁵². Sea como fuere, merece ser subrayado el hecho muy notable de que, al mismo tiempo, en Inglaterra se produjo un fenómeno muy parecido, donde el idealismo—marcadamente hegeliano—dominaba también en Cambridge. Y si en Suecia Hägerström y Phalén se rebelaban contra la filosofía idealista de Boström, en Inglaterra, Moore y Bertrand Russell (1872-1970) hicieron lo propio contra la de Francis Herbert Bradley (1846-1924).

mo autor, «Riflessioni su Olivecrona», *op. cit.*, pp. 724 ss.; SANDIN, R. T., «The Founding...», *op. cit.*, pp. 511-512.

⁵¹ VOGEL, H.-H., *Der skandinavische...*, pp. 9, 32-33; STRÖMHOLM, S. y VOGEL, H.-H., *Le «réalisme scandinave»...*, *op. cit.*, pp. 9, 37-38.

⁵² BJARUP, J., *Skandinavischer Realismus...*, *op. cit.*, pp. 163-164.

El fenómeno fue general. Según Bertrand Russell coincidió en varios países la misma rebelión contra el idealismo alemán⁵³. Aparte de los filósofos «realistas» que se han mencionado (Moore, Hägerström, Phalén y el propio Russell), el profesor galés cita a los siguientes: en Alemania, Gottlob Frege (1848-1925)—cuyas obras, como se ha señalado, aunque empezaron a publicarse en 1879, no fueron conocidas hasta una época más tardía— y Edmund Husserl (1859-1938), con sus *Logische Untersuchungen*, de 1900, y en Austria, Alexius von Meinong (1853-1920), con su *Über Annahmen*, de 1902, y su *Gegenstandstheorie und Psychologie*, de 1904. Otros autores añaden a Louis Couturat (1868-1914) en Francia, junto con una segunda generación de «rebeldes», a saber, los miembros de los círculos de Viena y de Berlín, y aun una tercera: las corrientes lógicas y analíticas de la posguerra (Ryle, Quine, Popper...)⁵⁴.

A continuación nos detendremos a considerar las semejanzas del realismo escandinavo con el neorrealismo de Moore y con el positivismo lógico. Incluimos una comparación con la transición rusa al pensamiento jurídico realista, porque es muy similar a la producida en Suecia.

⁵³ Al respecto, vid. PATTARO, E., *Il realismo scandinavo...*, op. cit., pp. 60-61, que, a su vez, se remite RUSSELL, B., *Sceptical Essays*, Nueva York, W. W. Norton, 1928, en su versión italiana «Saggi scettici», trad. de B. Barbone, en *Bertrand Russell, premio Nobel per la letteratura 1950*, Milán, 1967, pp. 101, 114.

⁵⁴ PATTARO, E., *Il realismo scandinavo...*, op. cit., pp. 60-61.

3. El neorrealismo de Moore

Dos ideas fundamentales acercan a Moore a la Escuela de Uppsala: la crítica al idealismo y la interpretación de la naturaleza de los juicios de valor⁵⁵. En relación con la primera hay que citar el conocido artículo que el profesor inglés publicó en 1903 en la revista *Mind*, «The Refutation of Idealism», donde trata de mostrar que la conciencia no es identificable con su objeto⁵⁶. Al ser anterior a *Das Prinzip der Wissenschaft* (1908) de Hägerström se ha planteado la cuestión de si el profesor sueco hubo o no leído el artículo publicado en *Mind*, sin que este punto haya quedado definitivamente aclarado⁵⁷. En este mismo sentido, hay dudas acerca de si ya el tratado de Hägerström *Stat och rätt*, de 1904⁵⁸, pudiera reflejar cierta huella de la nueva filosofía mooreana⁵⁹.

⁵⁵ VOGEL, H.-H., *Der skandinavische Rechtsrealismus*, op. cit., p. 33. En el mismo sentido, PATTARO, *Il realismo...*, op. cit., pp. 61-62

⁵⁶ MOORE, G. E., «The Refutation of Idealism» en *Mind*, 12 (1903), pp. 433 ss.

⁵⁷ Cfr. MARC-WOGAU, K., *Studier till Axel Hägerströms filosofi*, pp. 19 ss., citado por VOGEL, H.-H., *Der skandinavische...*, op. cit., p. 34. Según parece, existió en Uppsala un ejemplar del fascículo de *Mind* en el que figuraba la citada refutación, que estuvo en poder de un profesor de anatomía durante los años 1904 a 1906, aunque es posible que, tras su recepción por la Universidad, mientras estuviera en el expositor general, Hägerström lo leyera.

⁵⁸ HÄGERSTRÖM, A., *Stat och rätt. I. En rättsfilosofisk undersökning*, Uppsala, 1904.

⁵⁹ Vogel dice que no (VOGEL, H.-H., *Der skandinavische...*, op. cit., p. 34), pero la cuestión no es pacífica. Sobre el particular, vid. PATTARO, E., *Il rea-*

En cuanto a las similitudes que en materia de filosofía práctica se dan entre ambos, debe destacarse que tanto Moore como Hägerström afirman que la axiología subjetivista carece de sentido. La crítica que en este aspecto desarrollan sigue la misma dirección. Con todo, difieren en que el profesor de Cambridge no considera la posibilidad de una interpretación emotivista de los juicios de valor. Es más, según el profesor de Cambridge, solamente una teoría de tipo objetivista puede ser correcta⁶⁰.

lismo..., *op. cit.*, p. 37, nota 11, donde da cuenta de las distintas opiniones que a favor de esta tesis han vertido Waller, Cassirer, Logren, Fries, y Marc-Wogau.

⁶⁰ VOGEL, H.-H., *Der skandinavische...*, *op. cit.*, p. 34, donde se hace remisión a MOORE, G. E., *Ethics*, 8th impr., Londres, Home University Library, 1939, *passim*, especialmente cap. VII. Aquí se maneja la versión castellana *Ética*, trad. de M. Cardenal de Iracheta, Madrid, Encuentro, 2001, de la cual, en relación con la negación del emotivismo extraemos el siguiente texto: «[...] de modo semejante, decir que alguna cosa o estado de cosas es *intrínsecamente bueno* o *intrínsecamente malo*, o que una cosa es *intrínsecamente mejor* que otra, tampoco [análogamente a decir que una acción es justa o debida] es lo mismo que decir que algún ser o conjunto de seres *tienen* en relación con esa cosa o con ese estado de cosas una actitud mental cualquiera, sea una actitud de sentir, sea de desear o sea de pensar algo acerca de ellos [...]» (p. 113); si bien hay que matizar que Moore no niega que el juicio pueda haberse suscitado por causa de algún sentimiento (p. 55). Por lo que se refiere al objetivismo, encontramos que, para Moore, todas las acciones justas tienen la característica—ausente en las acciones injustas—de que sus consecuencias totales «deben ser siempre tan buenas intrínsecamente como cualesquiera otras que le fuere *posible* producir al agente en esas circunstancias» (p. 115).

4. El positivismo lógico

A la relación de la Escuela de Uppsala con el positivismo lógico le ha sido dedicada una mayor atención, pues los puntos de conexión entre ambas corrientes son mayores. Se suele indicar tres: la actitud antimetafísica, el método analítico de la filosofía y la concepción emotivista de los valores.

En relación con lo primero, el rechazo es frontal. Hägerström comienza sus memorias con este lema: *praeterea censeo metaphysicam esse delendam* (en adelante pienso que la metafísica ha de ser destruida)⁶¹. Esta misma radicalidad en el rechazo de esta disciplina es la expresada por los miembros del Círculo de Viena. En palabras de Rudolf Carnap, «en el campo de la metafísica [...], el análisis lógico ha conducido al resultado negativo de que *las pretendidas proposiciones de dicho campo son totalmente carentes de sentido*. Con esto se ha obtenido una eliminación tan radical de la metafísica como no fue posible lograrla a partir de los antiguos puntos de vista antimetafísicos»⁶².

No obstante, hay quien ve un distinto fundamento en sendas actitudes. Recordemos que para la Escuela de Uppsala, un enun-

⁶¹ HÄGERSTRÖM, A., «A Summary...», *op. cit.*, p. 33. El trabajo comienza así: «*Praeterea censeo metaphysicam esse delendam*.—Nací en el año 1868. Hacia el fin de mis años escolares...»

⁶² CARNAP, Rudolf, «La superación de la metafísica mediante el análisis lógico del lenguaje», artículo recogido en AYER, A. J., (ed.), *El positivismo lógico*, trad. de L. Aldama, U. Frisch, C. N. Molina, F. M. Torner y R. Ruiz Hurrel, México, Fondo de Cultura Económica, 1986. [El original es «Überwindung der Metaphysik durch Logische Analyse der Sprache», *Erkenntnis*, II (1932).]

ciado metafísico es absurdo porque presupone una realidad que no es compatible con el mundo espacio-temporal. De este modo, una proposición metafísica se asemeja lógicamente a enunciados del tipo «el círculo es cuadrado» o «este pedazo de madera es de hierro». Esto significa que la Escuela sueca basa la noción de absurdo sobre el principio lógico de no contradicción, cuando para el positivismo lógico—se dice—el rechazo de la metafísica se funda en el principio de verificabilidad de los enunciados, quedando separadas ambas corrientes por la misma línea que separa racionalismo y empirismo⁶³.

Pero no todos están de acuerdo con dicha opinión, y se afirma que la imposibilidad de verificación a que se refiere el positivismo lógico no sólo es de naturaleza práctica, sino lógica. Así, en el enunciado que afirma la existencia en todo electrón de un núcleo privado de todo efecto sensible, la comprobación, como señala Schlick, queda excluida *por principio*, y la imposibilidad por principio, añade el mismo autor, tiene carácter lógico, siendo así que «aquello que es lógicamente imposible, siendo contradictorio, no puede ni siquiera ser pensado»⁶⁴.

⁶³ Vid. CASSIRER, Ernst, «Axel Hägerström. Eine Studie zur Schwedischen Philosophie der Gegenwart», *Göteborgs högskolas Arsskrift*, 1939, pp. 12 ss., cit. por PATTARO, E., *Il realismo...*, *op. cit.*, p. 66; asimismo, vid. SANDIN, R. T., «The Concept of Reality and the Elimination of Metaphysics», en *The Monist*, 1966, pp. 88-90.

⁶⁴ Vid. PATTARO, E., *Il realismo giuridico...*, *op. cit.* pp. 66-67, que cita en este punto a SCHLICK, M., «Positivismo e realismo», en *Il neoempirismo*, antologia di scritti, A. PASQUINELLI (ed.), Turín, 1969, p. 273.

El segundo punto de conexión entre el Círculo de Viena y la Escuela de Uppsala se deriva de manera inmediata de este rechazo de la metafísica. Si un discurso metafísico no es más que una combinación de palabras sin sentido, la tarea que la filosofía tiene que asumir consiste en borrar del lenguaje científico todo elemento metafísico. Así, al decir de Wittgenstein, la filosofía no ha de entenderse como una doctrina, sino como una actividad⁶⁵.

El Círculo de Viena llega a esta conclusión a partir de desarrollos lógicos, los cuales, aplicados con éxito a los problemas matemáticos, se quieren extender a las ciencias y a los problemas tradicionales de la filosofía; mientras que la Escuela de Uppsala llega a esta misma conclusión partiendo de los problemas mismos de la filosofía, pues se entiende que éstos derivan de la manera como están históricamente planteados⁶⁶.

En tercer lugar, en el campo de la ética, se observa otra análoga coincidencia, pues los miembros de ambas corrientes

⁶⁵ WITTGENSTEIN, L., *Tractatus logico-philosophicus*, prop. 4.112, trad. de D. F. Pears y B. F. McGuinness, Londres, Routledge, 1999.

⁶⁶ Phalén señala que esta preferencia por la historia de la filosofía es debida al magisterio de Burman, quien ya había señalado la necesidad de «relativizar los problemas planteados por la gnoseología kantiana, advirtiendo que ellos derivan de la asunción de premisas no sostenibles, formadas en el curso de la historia de la reflexión sobre los grandes temas de teoría del conocimiento, e indicando que para salir de ellos es necesario el recurso al análisis»: vid. PHALÉN, A., «Selbstdarstellung», en *Die Philosophie der Gegenwart in Selbstdarstellungen*, op. cit., pp. 166 ss. La cita es de PATTARO, E., *Il realismo...*, op. cit., p. 69.

postulan una teoría ética no cognitivista. Por tanto, todos conciben en que no es posible dictaminar acerca de la verdad de los juicios de valor. Sin embargo, mientras los miembros de la Escuela de Uppsala admiten con carácter general una teoría ética emotivista—según la cual el valor no tiene en sí ningún significado, a no ser que el valor sea entendido en el sentido de placer o displacer del sujeto que valora—, en los círculos de Viena y Berlín sólo la defienden los más radicales⁶⁷.

Por último, a diferencia de sus colegas centroeuropeos, más preocupados, salvo alguna excepción, por cuestiones teoréticas, los autores escandinavos muestran un vivo interés por comprender el puesto y la función que instituciones sociales como el Derecho, la moral, la religión y otras tienen en la vida humana⁶⁸.

5. La transición al realismo de la filosofía del Derecho rusa de principios del siglo XX

Nos permitimos añadir aquí unas consideraciones acerca de la evolución que la filosofía del Derecho rusa siguió durante la

⁶⁷ Como C.K. Ogden, I.A. Richards, R. Carnap y C.L. Stevenson (*ibid.*, p. 73).

⁶⁸ *Ibid.*, p. 74. Otro dato a favor de la filosofía de Uppsala es que se adelanta al positivismo lógico en la formulación de sus tesis centrales. Sin embargo, sorprende el hecho de que, en un primer momento, no hubiera comunicación entre ambas corrientes. Como ha hecho notar Hierro, el propio Stevenson se lamenta en su *Facts and Values* de su desconocimiento, por motivos lingüísticos, de los textos de Hägerström sobre ética. No obstante, hay que decir que el aislamiento de la escuela sueca va rompiéndose paulatinamente con la segunda generación de la escuela, al confluir con las tendencias del Círculo de Viena y de la Escuela de Cambridge. Sobre esto último, *vid.* HIERRO, L. L., *El realismo jurídico escandinavo*, *op. cit.*, pp. 157-159.

misma época. Traemos a colación este estudio porque en Rusia también puede observarse una similar transición del idealismo al realismo. Para esta breve exposición nos basaremos en la introducción de Nicholas S. Timasheff (1886-1970) a una edición parcial de algunos de los trabajos del filósofo del Derecho ruso Leo J. Petrazhitsky (1867-1917)⁶⁹.

El idealismo fue también en Rusia anterior al positivismo. En un primer momento, la filosofía idealista siguió la estela de Kant, en la que se inscribe el libro *Derecho natural*, de A. V. Kunitsin (1783-1841)⁷⁰. Posteriormente, sin embargo, adquirió un sabor más conservador, de inspiración hegeliana, corriente en la que K. N. Nevolin (1806-1855) es quien más destaca en lo que al pensamiento jurídico se refiere. Su obra principal es una *Enciclopedia jurídica*, en dos volúmenes (1838-1840)⁷¹.

⁶⁹ TIMASHEFF, N. S., «Introduction», en PETRAZHITSKY, L., *Law and Morality: Leon Petrzycki*, ed. de J. H. Wigmore, J. Hall, E. N. Cahn et alii, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 1955, pp. xvii-xl. Esta obra es una edición abreviada de la 2.ª edición de *Introducción al Estudio del Derecho y la Moralidad* (en ruso, 1907), y de la 2.ª edición de *Teoría del Derecho y del Estado* (en ruso, 1910). Petrazhitsky—Petracycki en polaco—nació en la provincia de Vitebsk, que fue extremo noreste de Polonia hasta que en 1772 fue anexionada por Rusia. Perteneció a la aristocracia local, de cultura polaca—en contraposición al pueblo, de cultura mayoritariamente rusa—. Sus antepasados también fueron polacos, lo que, a juicio de Timasheff, influyó en su personalidad (*ibid.*, p. xxi).

⁷⁰ Los libros citados, salvo que se diga otra cosa, están escritos en lengua rusa. La traducción de los títulos es indirecta, tomada de la traducción al inglés que realiza Timasheff en el trabajo citado.

⁷¹ TIMASHEFF, N. S., «Introduction», p. xviii.

El positivismo empezó a surgir en los años setenta, a pesar de lo cual continuaron apareciendo obras de corte idealista, como las del hegeliano B. Chicherin (1828-1902), cuyos trabajos principales fueron *Una historia de las teorías políticas* (5 volúmenes, 1877-1902) y *Filosofía del Derecho* (1902). Otro idealista tardío y más original que Chicherin fue V. Soloviev (1853-1900), de quien Timasheff destaca la obra *La justificación del bien* (1895)⁷².

La mayor parte de los idealistas rusos de la época eran neokantianos, destacando P. I. Novgorodtseff (1868-1924) y Kistiakovsky (fallecido en 1920)⁷³. Novgorodtseff fue el primer ruso que abogó por el renacimiento del Derecho natural, tesis que defendió en una serie de trabajos, entre los que destacan *La Escuela Histórica en la ciencia jurídica*, de 1896, y una brillante monografía titulada *Kant y Hegel*, de 1901. Por lo que se refiere a Kistiakovsky, éste fue mucho más allá⁷⁴ que Novgorodtseff en su neokantismo, como puede verse en la colección de artículos que lleva por título *Las ciencias sociales y el Derecho* (1916). Por último, ambos profesores participaron en el debate producido por la «revolución» llevada a cabo por Petrazhitzky en filosofía del Derecho⁷⁵.

Por lo que se refiere a las corrientes positivistas, el nacimiento del positivismo sociológico, llegó de la mano de uno de

⁷² *Ibid.*, pp. xviii-xix.

⁷³ No se conoce la fecha de su nacimiento.

⁷⁴ No se especifica en qué sentido.

⁷⁵ TIMASHEFF, N. S., «Introduction», *op. cit.*, p. xix.

los más grandes historiadores del Derecho rusos, V. I. Sergueyevich (1841-1910), quien en 1868 publicó un trabajo que llevaba por título *Las misiones y los métodos de la ciencia política*, en el que es notable la influencia de Comte, J. S. Mill y Spencer. En él, Sergueyevich tachaba de no científico el estudio dogmático del Derecho y abogaba por el uso de un método empírico: el Derecho debía ser tratado como parte de la realidad social. La ciencia jurídica, por tanto, debía coordinarse con la sociología, que es la ciencia general de los fenómenos. A pesar de que Sergueyevich influyó en Petrazhitsky, cuando aparecieron los trabajos de éste último, nadie fue tan crítico como él⁷⁶.

Sergueyevich ejerció gran influencia en un gran número de juristas, como S. Muromtseff (1850-1910) y N. Kornukoff (1833-1902). Una de las ideas de éste último llegó a ser una fuente de inspiración para Petrazhitsky. Está recogida en el libro *Derecho constitucional ruso* (2 volúmenes, 1883-1866). Ahí Kornukoff niega la realidad de la voluntad del Estado, que todos sus contemporáneos alemanes y rusos daban por supuesta. En su lugar, sostuvo la existencia de una fuerza creada a partir de la conciencia de subordinación por parte de los ciudadanos. En este sentido, afirmó que el Estado era un fenómeno psíquico, idea a tener en cuenta también en relación con Petrazhitsky. No obstante, la obra más conocida de Kornukoff son las *Lecciones de Teoría General del Derecho*, de 1888, la cual está traducida al inglés (*Lectures on the General Theory of Law*, Boston, Hastings, 1909)⁷⁷.

⁷⁶ *Ibid.*, pp. xix-xx.

⁷⁷ *Ibid.*, p. xx.

Por lo que se refiere al positivismo jurídico de orientación normativista cabe mencionar a S. V. Pakhman (1825-1910), precursor de la teoría pura kelseniana, que en la obra titulada *La corriente moderna de la ciencia jurídica* (1882) desarrolló la idea de que la ciencia jurídica era una ciencia autónoma, formal y lógica, que debía ser separada de las consideraciones filosóficas y sociológicas⁷⁸.

En fin, ésta era la situación de la filosofía del Derecho rusa cuando Petrazhitsky (1867-1931), cuya contemporaneidad con Hägerström (1868-1939) es remarcable, comenzó su «actividad revolucionaria en relación con la ciencia jurídica». Como Comte, cuya obra conocía, Petrazhitsky abogó por una ciencia del Derecho empírico-causal, hasta esa fecha inexistente⁷⁹.

Así, meditando sobre la naturaleza empírica del Derecho, llegó a la conclusión de que ésta era psicológica. A pesar de que esta tesis ya había sido anticipada por Bierling, Jellinek, Kavelin y Kornukoff, no había recibido, a su juicio, un desarrollo adecuado. Y como la psicología de su tiempo no estaba en condiciones de asistirle en esta tarea, decidió crear una nueva psicología, tal y como había hecho Spencer, que sin una preparación

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ *Ibid.*, pp. xxii. Es discutible la analogía que Timasheff plantea con Comte, en quien no cabe encontrar una teoría autónoma del derecho, sino solamente alusiones incidentales y casuísticas sobre el mundo jurídico y sus protagonistas. Al respecto, *vid.* OLLERO, A., «Comte en los orígenes del sociologismo jurídico», en *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*, vol. 2, V. Zapatero (ed.), Universidad de Alcalá, Servicio de Publicaciones, 2002, p. 596.

específica produjo un notable tratado sobre la materia. Esto mismo hizo con la lógica, ciencia que consideraba insuficiente para explicar la formación y definición de conceptos, por lo que también construyó su propia lógica, al menos en lo que se refiere a los conceptos⁸⁰.

Tras una carrera repleta de éxitos académicos, Petrazhitsky, que ya sobresalía notablemente en sus tiempos de estudiante universitario, una vez alcanzado el grado de doctor, y habiendo sido nombrado profesor de Enciclopedia Jurídica en la Universidad de San Petersburgo, comenzó a desarrollar en sus clases una nueva teoría, basada en un nuevo sistema de conceptos. Para Petrazhitsky, la ciencia jurídica había estado hasta el momento en un estadio precientífico. Con su trabajo ascendía al nivel de la verdadera ciencia⁸¹.

Las clases que Petrazhitsky impartía fascinaban no sólo a los alumnos de Derecho, sino también a los de ciencias y de humanidades, que acudían a ellas en gran número, fenómeno similar a lo que acontecía con las clases de Hägerström, que cautivaron a juristas como Lundstedt y Olivecrona.

Esas lecciones fueron gradualmente puestas por escrito. Lo esencial de su teoría psicologista se encuentra en la primera parte de sus *Ensayos de Filosofía del Derecho*, de 1900. Timasheff enumera sus tesis principales expresadas en ella, en las que se aprecia gran sintonía con las expresadas más tarde por Hägerström, como tendremos ocasión de ver:

⁸⁰ TIMASHEFF, N. S., «Introduction», pp. xxiii.

⁸¹ PETRAZHITSKY, L., *Law and Morality*, op. cit., pp. 5-6.

«1.º) El Derecho es parte de la realidad, pero su realidad es psicológica; en otras palabras, sólo puede ser observada en el contenido de los procesos mentales.

»2.º) La experiencia jurídica es básicamente la conciencia de estar obligado por el deber.

»3.º) Comoquiera que este rasgo se da también en la experiencia moral, ha de ser buscada una *differentia specifica*. Ésta consiste en un rasgo presente en la experiencia jurídica pero no en la moral, a saber: la experiencia en Derecho de que un deber que es obligatorio para una primera persona "A" está indisolublemente vinculado a un derecho o pretensión contra "A", el cual es atribuido a una segunda persona "B"; no es éste el caso en relación con la moral. En otras palabras, la moralidad es meramente imperativa, mientras que el Derecho es atributivo-imperativo»⁸².

Esta obra sufrió las críticas de Chicherin y de E. Troubetskoy, a las que Petrazhitsky no contestó, consciente de que su teoría distaba de ser definitiva. Con este ánimo emprendió su tratado de psicología, titulado *De los motivos de la conducta humana* (1904), donde, analizando el contenido de los procesos mentales, observó que la tripartición cognitivo-emocional-volitivo era insuficiente, pues consideraba que había procesos mentales que combinaban elementos pasivos (cognitivos y emotivos) con elementos activos (volitivos), por lo que propuso una cuarta categoría, que llamó «experiencias bilaterales». Ésta última habría de tener gran relevancia para su teoría del Derecho, pues en ella incluyó las experiencias jurídicas y morales.

⁸² TIMASHEFF, N. S., «Introduction», *op. cit.*, p. xxiv.

A su vez, Petrazhitsky dividió las experiencias bilaterales en *especiales* y *abstractas*, que se corresponden respectivamente con lo que el conocido fisiólogo Ivan Pavlov—cuyo descubrimiento fue casi simultáneo al de Petrazhitsky—llamó reflejos incondicionados (instintos) y condicionados. En estos últimos, el elemento pasivo (estímulo) provoca el elemento activo (respuesta), de acuerdo con las leyes o el aprendizaje⁸³. Veremos que este esquema puede ser aplicado a la comprensión del análisis que Olivecrona hace de las causas de la obediencia al Derecho.

Para Petrazhitsky, lo específico de la experiencia ética (comprendiendo en ella tanto la jurídica como la moral) consiste en el «carácter específico de las imágenes mentales percibidas simultáneamente con las experiencias bilaterales, [...] la valoración positiva o negativa de una acción virtual *in se*, independientemente de consideraciones de utilidad o de belleza»⁸⁴.

Todas estas ideas sobre la naturaleza psíquica de la experiencia moral y jurídica pasarán a las obras fundamentales de Petrazhitsky, que son *Introducción al Estudio del derecho y la moral*, de 1905, y *Teoría del Derecho y del Estado en conexión con una teoría sobre la moral*, en 2 volúmenes (1907)⁸⁵.

La teoría del profesor de San Petersburgo despertó una gran indignación, y un gran número de juristas publicaron artículos y panfletos, o incluyeron en sus tratados secciones dedicadas a

⁸³ *Ibid.*, pp. xxv-xxvi.

⁸⁴ *Ibid.*, p. xxvi.

⁸⁵ Recogidas en PETRAZHITSKY, L., *Law and Morality*, *op. cit.*, pp. 23 ss.

criticarla. En esta labor intervinieron representantes de todas las tendencias. De hecho, quien más crítico se mostró fue el sociólogo positivista Sergueyevich. También recibió ataques desde las filas del positivismo jurídico, Shershenevich y los ya mencionados Novgorodtseff y Kistiakovsky⁸⁶. La analogía con Hägerström vuelve a aparecer, ya que sus teorías también despertaron airadas reacciones. Pero ello no privó a ninguno de los dos de hacer escuela.

Por lo que se refiere al profesor ruso, uno de sus alumnos, A. Kruglevsky, basó su monografía *La tentativa de delito* en su teoría psicológica. Dicha monografía fue presentada como «Magister's thesis» en la Universidad de San Petersburgo, y rechazada debido a la oposición que las ideas de Petrazhitsky encontraban entre sus colegas. A su vez, B. Kistiakovsky y V. Taranovsky, dos neokantianos, incluyeron un elemento psicológico en sus teorías—si bien no dejaron de mostrarse críticos con la teoría psicológica de Petrazhitsky—. Y M. Reisner, marxista, trató de compatibilizar las teorías del filósofo alemán con las de Petrazhitsky⁸⁷.

Más tarde, el nombre de Petrazhitsky se hizo tabú en la Unión Soviética, al ser considerado idealista, lo que ciertamente no era. Entonces la ciencia jurídica soviética tornó su mirada hacia el positivismo jurídico. Se identificó el Derecho con las normas del Estado, cuya voluntad se entendía que equivalía a los intereses de la clase dominante. Y esto constituyó una presun-

⁸⁶ TIMASHEFF, N. S., «Introduction», p. xxix.

⁸⁷ *Ibid.*, p. xxxii.

ción *iuris et de iure*, lo que, en opinión de Timasheff, no podía estar más alejado de la posición de Petrazhitsky⁸⁸.

La difusión de las ideas de Petrazhitsky en otros países fue obra de los profesores rusos que emigraron, los cuales contribuyeron a producir una amalgama de sus ideas con la herencia cultural de Occidente. A Sorokin, que fue estudiante de Petrazhitsky en Rusia, asimiló numerosos conceptos—sobre todo en lo que se refiere a las relaciones entre Derecho y moral—. Otro jurista y sociólogo ruso de origen, G. D. Gurvitch, mantiene en línea con Petrazhitsky que la diferencia específica del Derecho es su carácter imperativo-atributivo, si bien rechaza la tesis principal de la naturaleza psicológica del Derecho⁸⁹.

Por lo que a este trabajo se refiere, dejando a un lado el eco—escaso—que las teorías de Petrazhitsky han tenido en América y Alemania, interesa destacar solamente su repercusión en los países escandinavos. En este punto, teniendo en cuenta que los escandinavos no tuvieron acceso a la obra de Petrazhitsky⁹⁰, Timasheff habla de cierto fenómeno de convergencia en el pensamiento. En su opinión, los escandinavos se plantearon el mismo problema que el maestro ruso, que consistía en elaborar una interpretación realista del Derecho sobre una base

⁸⁸ *Ibid.*, pp. xxxii-xxxiii.

⁸⁹ *Ibid.*, p. xxxiii.

⁹⁰ En este sentido lamenta el artículo de Olivecrona «Is a Sociological Explanation of Law Possible?», en *Th.* 1948, sobre las teorías psicologistas y sociologistas rusas, en que no hay referencias directas a los escritos del maestro ruso.

psicológica. No obstante—matiza—, los escandinavos se separan de la teoría del profesor ruso en la medida en que aquéllos no se inclinan a extender el concepto de Derecho más allá de aquel que se aplica por los órganos estatales o está determinado por hechos normativos, como son, entre otros, la ley, la jurisprudencia, los contratos, la costumbre o la doctrina⁹¹.

Es probable que, si no hubiera sido por la I Guerra Mundial y la Revolución comunista, el impacto de la obra de Petrazhitsky habría sido grande. En este sentido, antes de la guerra existía el proyecto de traducir al alemán las obras completas de Petrazhitsky, intento que, lamentablemente, quedó abortado⁹².

III. POSTULADOS FUNDAMENTALES DE LA ESCUELA DE UPPSALA. BASES DEL REALISMO JURÍDICO ESCANDINAVO

El interés especial que pronto manifestaron los miembros de la Escuela de Uppsala por la filosofía práctica determinó el nacimiento del realismo jurídico escandinavo. La corriente jurídica realista refleja plenamente, en este sentido, los principios epistemológicos y la teoría de los valores de dicha Escuela, que, como vimos no son patrimonio exclusivo suyo, sino compartido

⁹¹ TIMASHEFF, N. S., «Introduction», pp. xxxiv-xxxv. Ejemplos de Derecho intuitivo, que es aquel que no está fundado en lo que Petrazhitsky llama hechos normativos, serían la sentencia de un tribunal anglosajón basada en la equidad o la de un juez suizo en función de la ley que habría dado él si fuera legislador (*ibid.*, pp. xxviii-xxix).

⁹² *Ibid.*, p. xxxv.

con el neopositivismo lógico, con la primera filosofía analítica y con el neoempirismo contemporáneo en general⁹³.

Se ha dicho que el realismo jurídico escandinavo es «la única escuela de filosofía del Derecho que es filiación directa e inmediata de una de las corrientes filosóficas que forman parte del neoempirismo contemporáneo y constituye, por tanto, una inevitable piedra de toque sobre la cual son llamadas a medirse las teorías del derecho que, aun no siendo filiación directa, se inspiran en los principios y en los métodos de la filosofía neoempirista»⁹⁴. Por ello, se afirma «que, históricamente hablando, las premisas de la filosofía neoempirista son para el positivismo jurídico premisas “adoptivas”, mientras que para el realismo jurídico escandinavo son premisas “naturales”, de modo que es pensable que haya menor compatibilidad entre ellas y el positivismo jurídico que entre ellas y el realismo jurídico escandinavo»⁹⁵.

Esto no significa que el realismo jurídico escandinavo sea una mera filosofía aplicada, «porque no nace de la transposición mecánica en el mundo del Derecho de los principios y los métodos elaborados a propósito de otros objetos de investigación, sino que nace [...] con estos métodos y principios mismos, que se forman y se ejercitan inmediatamente sobre la temática jurídica»⁹⁶.

⁹³ PATTARO, E., *Il realismo...*, *op. cit.*, p. 74.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 75.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 76.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 75.

A continuación se expondrá lo que entiende la Escuela de Uppsala por realidad y cómo concibe la posibilidad de su conocimiento. Ambos conjuntos de ideas constituyen los pilares sobre los que se articula su concepción de la ciencia jurídica. Las referencias a Olivecrona serán limitadas porque el profesor de Lund no trata expresamente de estos temas. Ahora interesa principalmente la concepción de Hägerström, como miembro de ambos grupos. Su crítica del idealismo pasa por la crítica del subjetivismo epistemológico.

1. Subjetivismo epistemológico, realidad y metafísica

Sostiene el profesor de Uppsala haber refutado el *subjetivismo* «mostrando que en ninguna conciencia puede ser dada la propia conciencia. Lo aprehendido es siempre algo distinto de la aprehensión»⁹⁷. A su juicio, ser consciente es ser consciente de algo. Ello implica la existencia de una relación entre la conciencia y el objeto. Esta relación no puede identificarse con la conciencia, ya que en otro caso uno de los términos de la relación, la conciencia, vendría a ser la misma relación, lo que es contradictorio⁹⁸. El error del subjetivismo consiste, por tanto, en la identificación de la conciencia con aquello de lo que se es consciente. «Por esta razón—escribe Hägerström—es totalmente imposible considerar la conciencia misma como “inmediatamente” dada por sí misma, y de este modo, como la última base del conocimiento [...]»⁹⁹.

⁹⁷ HÄGERSTRÖM, A., «A summary...», *op. cit.*, p. 38.

⁹⁸ *Ibid.*,. 44-45.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 38.

Esto excluye el *idealismo* epistemológico, según el cual el ser es solamente la determinación de una conciencia. Pero también excluye lo que él llama el *realismo* epistemológico de la mentalidad común, basado igualmente en el subjetivismo. Según esta concepción, lo aprehendido inmediatamente no son los objetos del mundo, sino sólo imágenes mentales suyas. Esto presenta el problema de que hace de la realidad como tal algo desconocido e ininteligible¹⁰⁰.

¿Cómo evitar el idealismo sin caer en el realismo de la mentalidad común? Hägerström considera que para superar este dilema es necesaria una investigación doble: acerca de la naturaleza del juicio, por un lado, y acerca de la realidad como tal, por otro. En relación con lo primero escribe: «En todo juicio es

¹⁰⁰ *Ibid.*, pp. 38 ss. Sandin lo explica con otras palabras. Los sistemas metafísicos—escribe—distinguen característicamente entre un mundo fenoménico, alcanzable por la conciencia humana, y un mundo nouménico, inalcanzable mediante una aprehensión directa. En la visión metafísica se sostiene que tras el mundo de las apariencias late una realidad en sí que, aunque es incognoscible, fundamenta la realidad relativa que es objeto de nuestro conocimiento. «Este “incognoscible” es entendido ora como la cosa-en-sí del dogmatismo (realismo), ora como el puro yo del idealismo. En ambos casos, la última fuente de nuestro conocimiento está más allá del alcance de nuestra aprehensión inmediata. En un caso es el “objeto” incognoscible, aquél que (en cierto sentido) es en sí mismo, la causa de nuestras ideas; en el otro caso, es la pura conciencia, cuya actividad sintetizadora constituye el mundo de la experiencia. Hägerström clasifica a ambos, dogmatismo e idealismo, como metafísicos» (*vid.* SANDIN, R. T., «The Concept of Reality...», *op. cit.*, p. 95).

presupuesta la realidad de algo. Todo juicio es una aprehensión de cierto estado de cosas como real»¹⁰¹.

Por ejemplo, en el pensamiento «el caballo está corriendo», es el mismo correr como un estado del caballo el que está realmente presente, de modo que no es solamente imaginado. Igualmente, cuando se dice que la suma de los ángulos de un triángulo equivale a 180 grados, se está diciendo que dicha suma es algo real, y no solamente una aprehensión. Por último, si yo pienso que debo ser honesto, presupongo tal deber como algo real que pertenece a la honestidad como algo real, y no meramente como una representación. Incluso si hago un juicio acerca de algo que sólo existe en mi imaginación, y sé que sólo existe en mi imaginación, como un animal que es mitad caballo y mitad perro, lo que estoy diciendo es que esta representación tiene realmente la apariencia de algo que es mitad perro y mitad ca-

¹⁰¹ HÄGERSTRÖM, A., «A Summary...», *op. cit.*, p. 39. En *Das Prinzip der Wissenschaft*, *op. cit.*, p. 27, lo expresa de la siguiente manera: «En todo conocimiento es expresado: esto es así, tiene validez, realmente es así. Ésta [esta afirmación] puede incluir una afirmación directa sobre algo como real o existente en sí mismo, como también una afirmación sobre algo que, en la medida en que es real, es decir, en su carácter de realidad, tiene o no tiene tal o cual determinación. También puede, finalmente, tener la forma de [una afirmación] que expresa algo que no existe o que es excluido de la realidad. En cualquier caso, se afirma algo acerca de la realidad, es la realidad misma la que viene afirmada».

ballo¹⁰². En suma, es preciso tomar siempre en consideración la realidad sobre la que se juzga¹⁰³.

Una vez establecida la naturaleza del juicio, Hägerström intenta esclarecer la naturaleza de la realidad. Ésta no puede verse como una propiedad, entre otras, de algo real; pues de ser así, el resto de propiedades dejarían de ser reales¹⁰⁴. Para arrojar luz sobre el asunto, Hägerström toma como punto de partida el principio de no contradicción, que para él no es únicamente una ley del pensamiento, sino de la realidad misma. El principio de no contradicción nos dice algo sobre la realidad en sí misma. Normalmente—afirma—, es formulado así: «Dos juicios, uno de

¹⁰² Los ejemplos son de Hägerström. *Cfr.* HÄGERSTRÖM, A., «A Summary», pp. 39-40.

¹⁰³ Pattaro ha notado la proximidad de esta teoría con la teoría de Alexius von Meinong, si bien éste, en lugar de hablar de realidad, habla de objeto. Según el filósofo austriaco, el objeto es la referencia necesaria de toda actividad humana (de la percepción, del juicio, del sentimiento, de la voluntad), independientemente de su existencia. Asimismo, mientras Meinong afirma que el objeto no puede propiamente ser definido, ya que no existe un género más amplio en el que señalar la diferencia específica, Hägerström, en el mismo sentido, sostiene que no se puede hablar de la realidad de la realidad, la cual, como vamos a ver, es autoidentidad, o como más adelante dice, determinación. Al respecto, *vid.* PATTARO, E., *Il realismo giuridico scandinavo...*, *op. cit.*, pp. 43-44.

¹⁰⁴ A su vez, si se parte de algo concreto (como Dios o el pensamiento) como lo específicamente real, entonces cualquier otra cosa sólo es relativamente real, incluso esta relatividad. Sobre éstas y otras refutaciones, *vid.* HÄGERSTRÖM, A., «A Summary...», *op. cit.*, pp. 41-42.

los cuales niega lo que el otro afirma, no pueden ser ambos verdaderos»¹⁰⁵.

En este punto el profesor de Uppsala se ve obligado a aclarar cómo sea posible que un juicio niegue la realidad de algo cuando, según él, en todo juicio viene afirmada la realidad de algo. Ésta es su respuesta: «La frase “no real” es sólo una expresión negativa para el carácter positivo de aquello que es real *in toto*»¹⁰⁶. Es decir, una cosa es la representación y otra su objeto. En un juicio negativo, el contenido de la representación es real en la medida en que se lo distingue de la representación, tomada ésta como un todo. Sin embargo, al mismo tiempo, «el complejo al que la representación, junto con su contenido, pertenece tiene distinta condición de la del contenido del concepto»¹⁰⁷. Entonces, en el juicio negativo, aunque se afirma la realidad de algo dentro de cierto contexto, el de la representación (soy consciente de algo en un juicio negativo), lo que se niega es que ese algo pertenezca al mundo de lo que es real en conjunto o en total¹⁰⁸.

Dicho de otro modo, cuando yo niego que el hombre respira por medio de branquias, es real que yo estoy pensando en un hombre que respira por medio de branquias. Es decir, el respirar branquial del hombre es real dentro de una representación: es contenido suyo. Es real en el mundo cerrado de la representación. Lo que se niega es que, además, sea real en el mismo

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 42.

¹⁰⁶ *Ibidem.*

¹⁰⁷ *Ibidem.*

¹⁰⁸ *Ibidem.*

mundo al que la representación pertenece. La representación, si hemos distinguido entre la conciencia y su objeto, no puede ser real dentro de sí misma. Ha de pertenecer a otro mundo distinto, de cuya realidad formará parte, y en relación con el cual será o no será real el objeto representado¹⁰⁹.

Al revés, cuando el juicio es afirmativo, sucede todo lo contrario: aquí uno es consciente de que el contenido de la representación es real *in toto*; no sólo como contenido representado. Es real más allá de la representación. La afirmación de que el hombre respira por medio de pulmones es real tanto en el mundo de la representación (en mi cabeza) como en el mundo al que ésta pertenece (el mundo físico): «De esto se sigue que dos juicios, uno de los cuales niega lo que el otro afirma, han de tener como contenido mundos distintos incompatibles entre sí»¹¹⁰. En esta situación, el juicio según el cual ambos juicios no pueden ser verdad al mismo tiempo excluye la posibilidad de que ambos mundos puedan coordinarse en una unidad superior, la cual se presenta como necesaria para la vigencia del principio de no contradicción—el cual, a su vez, es un principio necesario si ha de tener algún significado¹¹¹.

En consecuencia, lo que hace el principio de no contradicción es unificar ambos juicios en un único contexto. Los mundos que presuponen no caben en el mismo contexto del que forman parte los juicios que los contienen. De este modo, mediante la

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 43.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 43.

exclusión de la contradicción, es posible poner de manifiesto la subjetividad del contenido de cierta representación. En consecuencia, realidad y autoidentidad son expresiones diferentes para denominar una y la misma cosa¹¹².

Para el profesor de Uppsala no hay un conocimiento de la realidad que no presuponga la determinación (autoidentidad, no contradictoriedad) del objeto. Pensar otra cosa implicaría que la condición real del objeto vendría dada por el específico carácter ya del objeto, ya de la conciencia. De ser así, en el primer caso encontraríamos que la realidad «constituiría una cualidad perteneciente al carácter observable de un determinado objeto, lo que es absurdo»¹¹³. El segundo caso, estaríamos hablando de un cierto «sentimiento de certeza» conectado con ciertas ideas, siendo así que la certeza requiere que el objeto haya sido ya aprehendido como real. Además, la certeza admite grados, pero la realidad no: o el objeto es real o no lo es. Por todo lo cual, ni la especial condición del objeto ni de la misma aprehensión

¹¹² Es esto—reconoce—lo que no acertó a expresar en 1908. Entonces afirmaba de dicha caracterización de la realidad como autoidentidad que es «la única cosa que era inmediatamente dada; o esto es *saber* (*das Wissen*)—en contraste con la mera certeza fáctica—; o esto es el *absoluto*; o esto es el *concepto, válido* (*gültig*) *en sí mismo*» («A Summary...», p. 50). Por ello se vio obligado más tarde («Selbstdarstellung», 1929) a aclarar su posición. Dichas expresiones—aclara—, tomadas en préstamo de la terminología del subjetivismo y de la metafísica, fueron escogidas con la intención de hacerse entender por la doctrina subjetivista, entonces dominante en Suecia, a quien iba dirigida la crítica contenida en su tratado.

¹¹³ HÄGERSTRÖM, A., «A Summary...», p. 52.

pueden ser el elemento que defina la aprehensión de la realidad¹¹⁴.

Es evidente—dice el profesor sueco siguiendo esta línea argumental—que uno puede pensar en cualesquiera totalidades y compararlas, pero no incondicionalmente. Si éstas se dieran conjuntamente en la conciencia, al no estar en relación entre sí, el sujeto no tendría ante él un objeto unificado, y nada se aprehendería¹¹⁵. Es, por tanto, preciso un solo conjunto global, junto al cual ningún otro sea concebible. Pues—se pregunta—¿cómo podrían ser comparadas diferentes totalidades? Los diferentes mundos que uno tendría en la conciencia solamente podrían ser unificados mediante la referencia a otras ideas en la conciencia. Pero éstas sólo podrían ser unificadas de la misma manera, lo que conlleva un proceso al infinito. En este supuesto sería imposible establecer conjuntamente y en relación entre sí las diferentes totalidades. El objeto no podría ser determinado porque los diferentes conjuntos no serían determinados¹¹⁶.

«Es claro ahora—escribe Hägerström—que sin la presuposición de un *continuum* más allá del cual ningún otro sea pensable, una demostración de que algo es autocontradictorio, y por ende una prueba, una simple conclusión o un juicio, es decir, un pensamiento en sentido propio, serían imposibles»¹¹⁷. Cada objeto de pensamiento sería real dentro del concreto ámbito al que

¹¹⁴ *Ibid.*, pp. 52-53.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 53.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 53.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 54.

pertenece, de manera que serían posibles juicios contradictorios sobre él. Se darían simultáneamente mundos distintos que determinarían parcialmente los objetos en ellos incardinados, y todo lo pensable sería real. Lo real sería relativo, relativo a su pequeño mundo, por lo que es preciso que todos los mundos posibles sean determinables mediante un último mundo total. Por lo tanto, si realidad significa determinación, ello sólo es verdad «en virtud del hecho de que es determinado como el único *continuum*, y que todo objeto de pensamiento debe ser considerado como determinado, y por tanto como real, por referencia a este *continuum*»¹¹⁸. ¿Cuál es ese *continuum* más allá del cual no es pensable ningún otro, fuente de toda determinación y presupuesto por todo pensamiento?

Uno no puede dudar de su propia existencia como ser pensante. En este punto Hägerström cita a Descartes. La cuestión que se plantea ahora es la de determinar la diferencia entre un ser pensante y otros. Según el profesor de Uppsala, la sustancia pensante cartesiana no posee, a causa de su simplicidad, un carácter determinado. Lo único que puede diferenciar una *res cogitans* de otra—opina—es el lugar y el tiempo de su existencia. Pero un lugar y un tiempo determinados, no vacíos y pendientes de ser colmados. Entendidos más bien como constituyendo el mundo de la experiencia en el tiempo y en el espacio¹¹⁹.

Las *res cogitantes* pertenecen, pues, al mundo de la experiencia. Como vimos, toda cuestión epistemológica presupone la

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 54.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 54-55.

realidad de la idea cuya verdad se inquiere. En este caso, se presupone la realidad del ser pensante que tiene la idea de que los seres pensantes pertenecen al mundo de la experiencia. Pero he aquí que esta conciencia de realidad presupone el mismo mundo de la experiencia para que los presupuestos seres pensantes sean diferenciados. Lo que equivale a decir que «la realidad del mundo de la experiencia, en el sentido mencionado, *no admite ser probada*, pues en todo intento de probar la verdad de una idea, la realidad del mundo de la experiencia es presupuesta»¹²⁰.

Así, pues, «el *continuum* de experiencia viene a ser el todo; y los otros *continua* que están separados *prima facie* de él, y que no son pensables en conexión inmediata con él, han de coherne-
narse con dicho *continuum* de experiencia si han de ser pensados conjuntamente»¹²¹. Por ello—se permite añadir—, una realidad espiritual es una *contradictio in adiecto*¹²².

Lo dicho sirve para discernir entre lo que es una descripción *científica* del mundo de lo que no lo es. Verdadera es la primera. Pero esto no significa que la visión *acientífica* esté vacía o carezca de sentido. La visión científica, a juicio del profesor de Uppsala, hace¹²³ de la visión no científica parte de un más comprensivo *continuum*.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 58. Cursiva añadida.

¹²¹ *Ibid.*, p. 55.

¹²² *Ibidem*.

¹²³ Literalmente dice «construye».

Vacía y sin sentido es, sin embargo, la visión *metafísica* del mundo. Ello es consecuencia de que esta manera de ver las cosas es fruto de un conjunto de sentimientos y representaciones que determinan «combinaciones sin sentido de palabras», que el metafísico cree que tienen significado¹²⁴, pero de las cuales «nada sabe»¹²⁵. Un razonamiento metafísico es análogo a éste: «El elefante es un perro, en consecuencia no tiene trompa; por ello el concebido- de elefante [sic], que tiene trompa, no es el elefante real...»¹²⁶.

«El mundo de la experiencia—dice Hägerström—, más precisamente, se determina a través de percepciones y a través de inducciones provenientes de percepciones, en asociación con conclusiones extraídas del supuesto *continuum*»¹²⁷. Por *percepción* entiende «una aprehensión asociada con certeza y un único (indescribible) sentimiento de constricción (*constraint*)». En ella, lo aprehendido está localizado en el contexto espacial al que la propia aprehensión pertenece. La *inducción*, que también es una aprehensión asociada con certeza, se diferencia de la percepción en que carece del mencionado sentimiento de constricción, consistiendo su contenido en aquello que es común a las precedentes percepciones. En ella está presente, sin embargo, una «conciencia de realidad» que va más allá de la mera posibilidad: es la conciencia de que cuanto más amplia sea la base de

¹²⁴ «A Summary», p. 56.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 60.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 68. Sobre su crítica a la metafísica, *vid. ibid.*, pp. 60 ss.

¹²⁷ HÄGERSTRÖM, A., «A Summary...», *op. cit.*, p. 56.

la percepción y más exacta la observación, tanto menos contradirán las futuras percepciones la generalización inductiva¹²⁸.

Por último, hay que tener en cuenta, además de las determinaciones del mundo de la experiencia realizadas a través de percepciones e inducciones, que ese mundo tiene un carácter *causal*: «Pero en las más precisas determinaciones del mundo de la experiencia a través de percepciones e inducciones, es presupuesto un mundo objetivo determinado, al cual se imputan las percepciones y las representaciones inductivas. Especialmente se presupone un determinado *continuum* causal, es decir, leyes de lo que ocurre o secuencias de conceptos que determinan lo que ocurre. Esto se manifiesta, por ejemplo, en la exigencia de “exactitud en la percepción”. Esta exigencia presupone la asunción de ciertas leyes causales a través de las cuales se puede determinar si en un caso particular lo que se percibe como un momento objetivo en el mundo de la experiencia es la causa del contenido de la percepción como fenómeno subjetivo y tiene, por consiguiente, un alcance determinante para la índole del fenómenos subjetivo. Las leyes causales asumidas permanecen como objetivas hasta tanto se conciben y predicen nuevos hechos en el marco de estas leyes»¹²⁹.

Las consecuencias de esta manera de ver las cosas se van a notar también en el campo de la moral y el Derecho. Los términos en que Hägerström pone la cuestión de la realidad van a impedir en este campo la aceptación de toda objetividad. A la

¹²⁸ Sobre estas definiciones, *ibid.*, p. 57.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 57-58.

luz de lo anterior, tanto la filosofía moral como la filosofía del Derecho, como también la filosofía de la religión, aparecen tras-pasadas de metafísica: en ellas la metafísica no es que penetre, es que «todo *es* metafísica»¹³⁰. Hägerström propone, por ello, una labor de limpieza:

«El lema que he puesto en el encabezamiento de este ensayo, *Praeterea censeo metaphysicam esse delendam*, no es simplemente una evaluación desfavorable de la metafísica. Es una declaración de la idea de que debemos destruir la metafísica, si queremos penetrar la bruma de las palabras, emanada de sentimientos y asociaciones, y pasar de los sonidos a las cosas»¹³¹.

2. La imposibilidad del conocimiento práctico

Las líneas maestras de la filosofía práctica de Hägerström se encuentran ya en la lección magistral que dio como profesor de filosofía práctica en la Universidad de Uppsala en 1911¹³², cuya conclusión es que la ciencia moral «puede que no sea una enseñanza *de* moral, sino sólo una enseñanza *sobre* moralidad»¹³³.

¹³⁰ HÄGERSTRÖM, A., «A Summary...», p. 68.

¹³¹ *Ibid.*, p. 74.

¹³² HÄGERSTRÖM, A., *Om moraliska föreställningars rättens begrepp* (*Sobre la verdad de las proposiciones morales*), Estocolmo, Bonnier, 1911. Traducida al inglés por R. T. Sandin como «On the Truth of Moral Propositions», en *Philosophy and Religion*, op. cit., pp. 77-96. Sobre su alcance, vid. STRÖMHOLM, S. y VOGEL, H.-H., *Le «réalisme scandinave» dans la philosophie du droit*, op. cit., p. 29.

¹³³ HÄGERSTRÖM, A., «On the Truth of Moral Propositions», en *Philosophy and Religion*, op. cit., p. 96. A una conclusión similar va a llegar ROSS, A.,

Esto no constituye ninguna novedad, porque ya Hume había señalado la acientificidad del conocimiento moral. Pero, como se ha indicado, el profesor de Uppsala emplea por primera vez el análisis lingüístico para aclarar el lenguaje ético¹³⁴.

En la mencionada lección inaugural, Hägerström parte del hecho innegable de que existen controversias morales, que muestran que lo que es bueno para unos es malo para otros, y cita algunos ejemplos¹³⁵. Ante esta situación, al igual que hacían los griegos, se plantea las siguientes cuestiones: ¿qué es lo correcto?; ¿existe un patrón objetivo que mida su bondad o maldad?

El profesor de Uppsala ve que hay dos medidas aplicadas usualmente para determinar la solución de las controversias morales: la evolución, por un lado, y ciertas «realidades inobservables», por otro¹³⁶. Por lo que se refiere a la primera medida, traza la siguiente distinción. En primer lugar—considera—, es posible entender la evolución como un progreso hacia algo, pero hacia algo fuera del sujeto. Lo difícil en este caso—comenta—es determinar cuándo estamos ante un progreso o ante un retroce-

Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis. Zugleich Prolegomena zu einer Kritik der Rechtswissenschaft, Copenhagen-Leipzig, Levin & Munksgaard-Felix Meiner, 1933, p. 436.

¹³⁴ BJARUP, J., *Skandinavischer Realismus*, *op. cit.*, p. 43. Hume se anticipó también en la formulación de una teoría emotivista de la ética. Hägerström, desde un punto de vista en que el lenguaje cobra una relevancia especial, retoma este discurso (*ibid.*, p. 56).

¹³⁵ *Vid.* HÄGERSTRÖM, A., «On the Truth...», *op. cit.*, pp. 77 ss.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 79.

so en términos morales. Por tanto, este criterio no nos sirve, pues eso es precisamente lo que tratamos de averiguar¹³⁷.

La idea de evolución también puede hacer referencia al desarrollo de una cosa en su adaptación a las necesidades de la vida. El progreso aquí—observa el profesor de Uppsala—ha de entenderse en términos de adaptación al medio: el que consigue progresar en este sentido tiene más probabilidades de sobrevivir. Evidentemente, en esta manera de entender la moral la vida se convierte en el valor supremo y en la clave para saber qué es lo que hay que hacer: lo que la vida requiera. Frente a esta moral, Hägerström opone dos preguntas que quedan sin una respuesta adecuada: primero, ¿por qué la vida y no la muerte? Y segundo: ¿qué se puede alegar frente a quienes sostienen que sólo es buena determinada vida; vgr., una vida auténticamente humana?¹³⁸.

El segundo criterio posible para medir la licitud de la conducta es el que versa sobre cierta realidad sobrenatural que se supone que se manifiesta en la conciencia del deber. Para Kant—comenta Hägerström—, el deber se presenta como una exigencia absoluta, que se nos muestra como demandando algo. Esta voluntad es universal—por absoluta—en todo individuo, por lo que ha de estar delimitada por las voluntades sobrenaturales de todos los otros. Esto implica que todos los seres morales

¹³⁷ *Ibid.*, p. 79.

¹³⁸ *Cfr.* p. 80: «¿Cómo se puede sostener que la simple vida es el último fin, en oposición, por una parte, a la inclinación a la negación de la vida, la cual constituye una poderosa corriente en la historia de la moral, y, por otra parte, a aquellos movimientos para los cuales solamente una vida cualificada de alguna forma, no cualquier vida, es digna de ser vivida?».

se determinan recíprocamente. Y, así, cada uno ha de ser tratado siempre como un fin, y nunca como un medio. En consecuencia, tanto más alto será un sistema de moralidad cuanto mejor realice este principio¹³⁹.

No obstante, Hägerström encuentra una objeción. Opina el profesor de Uppsala que la voluntad de que habla el regiomontano, además de sobrenatural, ha de ser nuestra, si es que nos ha de decir cómo proceder en cada situación. Por lo que se suscita la duda sobre su sobrenaturalidad. En este sentido se pregunta cómo es posible que tal voluntad, cargada de determinaciones naturales, sea exaltada por encima de la naturaleza ; o cómo es posible combinar en una voluntad un lado natural y otro sobrenatural. Si la realidad—estima—viene dada por la determinación, y ésta viene dada por el mundo de la experiencia, la idea de algo más allá de este mundo, desde luego, carece de todo sentido¹⁴⁰.

Pero ésta no es la única dificultad relacionada con la aplicación de dicho principio. Pues, se pregunta el profesor de Uppsala, ¿qué sucede en caso de conflicto? Supongamos que el fin natural de una persona entra en conflicto con el fin natural de otra persona. ¿Cómo resolvemos la controversia? Cualquier respuesta parece valer. Si, por ejemplo, quien tiene como meta el poder sacrifica sus intereses, se hace medio para otros, por lo que actúa incorrectamente. Pero si esta misma persona actúa

¹³⁹ *Ibid.*, p. 80.

¹⁴⁰ *Ibid.*, pp. 80-81.

según sus intereses, hace a los otros medios de sí mismos, por lo que actúa injustamente¹⁴¹.

Finalmente, Hägerström llega a la conclusión de que no parece haber distinción objetiva entre bien y mal. De modo que nuestras ideas sobre el bien y el mal no parecen ser más que ilusiones. No obstante, establece una conexión, que dice ya haber sido demostrada, entre las ideas morales y la costumbre¹⁴².

En su opinión la costumbre, además de funcionar como hábito universal, también funciona entre los pueblos primitivos como fuerza coactiva, y su violación entraña una sanción; mientras que la conducta que es conforme a ella es vista como «correcta». Esto ocasiona a la larga la creencia de que tal o cual acción ha de ser realizada por mor de ella misma, lo que interpreta como un fenómeno de adaptación, basado, en último extremo, en la utilidad (es más útil adaptarse a las normas y evitar la sanción). Sin embargo, hay una tendencia a absolutizar la norma con base en cierto valor o en cierta realidad a la que ésta se asocia y de la que es representación—especialmente cuando las ideas morales están conectadas con ideas religiosas—. La consecuencia de ello es la sugestión de un sentimiento de culpa en caso de transgresión¹⁴³. Aquello a que se asocian las normas morales es o bien la voluntad de Dios, o bien cierto orden del

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 82.

¹⁴² Se remite para ello a WESTERMARCK, *The Origin and development of Moral Ideas*, sin ofrecer más datos.

¹⁴³ HÄGERSTRÖM, A., «On the Truth...», *op. cit.*, pp. 83-87.

mundo, o bien exigencias de conciencia. Algo exterior, en cualquier caso, a la obligación a que está ligado¹⁴⁴.

La consecuencia, de acuerdo con la línea empirista de su filosofía, es inevitable. El razonamiento práctico que asocia el deber a estos patrones incurre en una falacia. En sus propias palabras: «la existencia de una voluntad divina o una exigencia interna nunca puede conllevar, en sí y por sí misma, que nosotros debamos observarla, que observarla sea de un valor supremo. Existencia y valor significan algo enteramente diferente. Por ello, el valor no puede ser incluido dentro de la existencia. Una autoridad moral o una norma, como realidades buenas en sí mismas, son, objetivamente consideradas, algo absurdo»¹⁴⁵. La conclusión a la que una investigación rigurosa debe conducir es que el deber es un fenómeno de tipo psíquico¹⁴⁶. Ahora bien, ¿qué es una investigación rigurosa para Hägerström?

Una investigación rigurosa es una investigación de tipo externo. Es la investigación de alguien que pone entre paréntesis sus propios sentimientos y analiza desapasionadamente el fenómeno moral: «si nos situamos delante de nosotros mismos como fríos observadores, esto es, interesados realmente no en lo que es observado, sino en la investigación de lo que es observado, ¿qué podemos descubrir?». A lo que responde: «advertimos, entre la bruma de una multitud de fenómenos, un sentimiento de

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 87.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 87.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 88.

deber en conexión con un juicio de valor y un interés directo en cierta acción»¹⁴⁷.

Y lo mismo sucede cuando analizamos cierta acción. Reconoce el profesor de Uppsala que si bien es cierto que existe la posibilidad de observar que una acción produce cierto deseo o apetito, e incluso que conduce al propio bienestar o al bienestar de alguien, cualquier intento de extraer de dicha situación la conclusión de que es valioso realizar tal acción fracasa. Porque de los hechos sólo se pueden deducir hechos: «ninguna obligación o valor supremo puede ser descubierto de tal forma, pues si nos situamos indiferentemente delante de nosotros mismos y nuestras acciones, sólo observando, únicamente podemos determinar situaciones fácticas. En el hecho de que algo es no está nunca implícito que debería ser»¹⁴⁸.

Por tanto, ciertos sistemas éticos tales como los de Spencer o Wundt, basados en nuestras actuales valoraciones morales, deben ser rebatidos, pues en ellos la medida de la bondad de una acción viene determinada por lo que efectivamente es considerado como bueno. Pero, como objeta Hägerström, «es claro que el conocimiento de valoraciones actuales no es de ningún modo conocimiento de valor»¹⁴⁹. El hecho de que algo sea valorado como bueno no significa por sí mismo, por el mero hecho de ser valorado, que sea bueno. «El conocimiento de que algo es mejor o peor—comenta el profesor de Uppsala—requeriría no sólo que

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 88.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 89.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 89.

el conocimiento tuviera como objeto valoraciones, sino también que el propio conocimiento fuera también una valoración»¹⁵⁰.

Sin embargo, Hägerström acaba admitiendo un cierto papel de la razón en el obrar, aunque sólo discursivo. En este sentido admite que es verdad y está «universalmente reconocido y aceptado que el individuo sólo se desarrolla intelectual y moralmente en el ámbito de las agrupaciones sociales»¹⁵¹. Esto, a su juicio, posibilita un conjunto de valoraciones morales comúnmente aceptadas. Lo que, a su vez, permite que otro miembro que comparta el mismo sentido moral pueda ponerse en su situación, y atendido el estado actual de cosas, decirle qué es lo que en tal caso habría de hacer. El profesor de Uppsala establece dos condiciones para ello: un criterio común de valoración y el conocimiento de cierto estado de cosas. Tal estado de cosas, además, ha de ser relevante para la valoración de quien recibe el consejo¹⁵².

No obstante, deja claro que esta conexión con cierto estado de cosas no implica objetividad alguna. Así—añade—no existirá ninguna obligación si el aconsejado no comparte el principio moral en cuestión, o si yerra en la aprehensión del estado de cosas¹⁵³. «Supongamos—escribe—que fuera posible establecer una determinada valoración moral, común a todos los seres racionales, que se daría siempre que éstos tuviesen el suficiente

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 90.

¹⁵¹ *Ibid.*, pp. 90-91.

¹⁵² *Ibid.*, p. 91.

¹⁵³ *Ibidem*.

conocimiento de la realidad. Ni siquiera entonces se daría derecho objetivo alguno de ninguna manera. El conocimiento así imaginado tendría por objeto valoraciones reales, no valores. Sólo situaciones reales estarían presentes para él. Para que algo venga a ser mejor o peor aquí, el sujeto que conoce debe adoptar cierta postura del sentimiento o de la voluntad respecto a lo dado, pero tal postura no pertenece al mismo conocimiento»¹⁵⁴.

La conclusión de esta investigación es que de una proposición moral, como tal, *no puede decirse ni que sea verdadera ni que sea falsa*¹⁵⁵. Esto significa que, si la ciencia se dirige a establecer la verdad, y si de un deber no se puede decir que sea verdadero, ninguna ciencia puede tener como tarea propia el señalar cómo deberíamos actuar¹⁵⁶. Igual que una ciencia de la religión no puede basarse en una conciencia religiosa, tampoco una ciencia moral puede basarse en una conciencia moral.

Esto es así también para Ross, quien dedica un extenso tratado a la crítica de la razón práctica¹⁵⁷. La moral, para él, no es la expresión de un saber (verdadero o falso) y la ética no es ninguna ciencia. Hablar de validez práctica es una pura ilusión del entendimiento que quizá sirva a alguien ávido de metafísica, pero no a la verdad¹⁵⁸.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 92.

¹⁵⁵ *Ibidem.*

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 95.

¹⁵⁷ Dedicado, precisamente, a Hägerström, *vid.* Ross, A., *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis*, *op. cit.*

¹⁵⁸ Ross, A., *Kritik...*, p. 435.

A pesar de ello, Ross no considera que se deba acabar directamente, sin más trámite, con la filosofía moral «desde Aristóteles hasta Bergson», pues sería poco probable que en tanto tiempo los sistemas éticos no hubieran alcanzado algún resultado. Es preciso que antes venza la ciencia de los fenómenos morales, es decir la «etología»¹⁵⁹.

El punto de vista que tal ciencia deberá adoptar es también un punto de vista externo, que trata los impulsos morales no como una situación de la conciencia, sino «como fenómenos psicofísicos en un organismo psicofísico». En consecuencia, la ciencia moral ha de ser una rama de las ciencias que tradicionalmente se ocupan de dichos fenómenos, a saber, la psicología y la sociología¹⁶⁰.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 436.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 437. Así define «fenómeno moral»: «actitudes fijas de carácter desinteresado, así como su expresión, presentes en una determinada sociedad, imbuidas a través de la educación y consolidadas por el hábito» (p. 442). Ahora bien—aclara el jurista danés—, que la ciencia moral no pueda establecer lo moralmente correcto no significa que haya de abandonarse toda regla moral común y dejarse llevar por intereses egoístas, como sostuvieron los sofistas, ya que esto sería adoptar una postura moral, una postura moral de signo contrario a la moralidad vigente. La ciencia moral hägerströmiana está «al otro lado del bien y del mal», es una metaética, como dice Ross. (Cfr. HÄGERSTRÖM, A., «On the Truth...», *op. cit.*, p. 96).

IV. HACIA UNA CIENCIA REALISTA DEL DERECHO

1. La clarificación del lenguaje jurídico

La imposibilidad de un auténtico conocimiento práctico repercute en la ciencia del Derecho. Ésta es precisamente la razón de que Ross dedique su citado libro *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis* a la crítica de la razón práctica; con la intención, según él, de contribuir «a un mejor entendimiento de la misión y del método de la ciencia del Derecho»¹⁶¹.

Los conceptos jurídicos fundamentales están, tanto en su nacimiento como en su desarrollo, históricamente vinculados a una visión metafísica de la razón práctica (especialmente, en la ética y en el Derecho natural); y esto es así de tal manera que no es posible entender el significado de aquéllos sin mostrar y aclarar dicha visión¹⁶².

La ciencia jurídica—estima el profesor danés—«hereda» un sistema conceptual de orden metafísico, no compatible con la realidad, que produce «oscuridades e incoherencias». Esto no quiere decir—aclara—que la gente hoy, en general, haga profesión de aquél, sino que más bien opera como presupuesto in-

¹⁶¹ Ross, A., *Kritik der sogenannten...*, op. cit., p. 15. Sobre la misión de la ciencia del Derecho en Olivecrona, vid. cap. II, ep. II del presente trabajo.

¹⁶² *Ibid.*, p. 16.

consciente¹⁶³. Lo que hay que hacer es *sacarlo a la luz y eliminar todo aquello que tenga de metafísico*¹⁶⁴.

Una filosofía moderna, basada en la perspectiva empírica, no es, para Ross, ni una deducción a partir de principios de la razón—que nos muestran «una realidad de más alto nivel que la que nos ofrecen los sentidos»—ni «una ampliación de las ciencias dirigida a describir los últimos componentes de la realidad». La filosofía—opina—«no es teoría, sino método». Ella es la «lógica de la ciencia». Por tanto, su objeto es el lenguaje científico. Así, pues, en lo que al derecho se refiere, la filosofía del Derecho no tiene como objeto el propio Derecho, sino la ciencia del Derecho¹⁶⁵.

¹⁶³ *Ibidem*. El conocimiento de los conceptos que laten en la conciencia jurídica es posible a través del conocimiento de la función que desempeñan.

¹⁶⁴ Es misión de la filosofía general aclarar el lenguaje jurídico. Así lo declara, por ejemplo Phalén, quien considera que la tarea de la filosofía consiste en analizar los conceptos generales de los que se valen los filósofos a la hora de formular los problemas con los que es posible encontrarse a lo largo de la historia de la filosofía. El objeto de la filosofía ha de ser, en consecuencia, el aparato conceptual preestablecido con el que los filósofos se aproximan al estudio de cierta materia, sin que en ningún momento sea éste, a su vez, objeto de examen. *Vid.* PHALÉN, A., «Selbstdarstellung», en *Die Philosophie der Gegenwart in Selbstdarstellungen*, *op. cit.*, vol. V; la presente cita es de su separata, pp. 13 ss., y se toma de STRÖMHOLM, S. y VOGEL, H.-H., *Le «réalisme scandinave»...*, *op. cit.*, p. 36.

¹⁶⁵ ROSS, A., *Sobre el derecho y la justicia*, trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Eudeba, 1994, pp. 25-26. El original es *On Law and Justice*, Londres, Stevenson & Sons, 1958.

El objetivo es hacer de la ciencia del Derecho una ciencia realista del Derecho. Tradicionalmente—explica Ross—el Derecho ha sido interpretado como un sistema de normas obligatorias que derivan su validez de ciertos principios *a priori* de justicia. El resultado ha sido un «típico dualismo»: «el Derecho pertenece al mismo tiempo al mundo de los hechos empíricos y al metaempírico de las ideas eternas, reino de la validez»¹⁶⁶.

Sin embargo—considera el profesor danés—, es preciso reconducir la noción de validez a sus justos términos. Ésta no es más que un «término común usado para las expresiones por las cuales se racionalizan ciertas vivencias emocionales»¹⁶⁷. No hay—dice Ross—concepciones de validez; únicamente vivencias de validez, que, racionalizadas, producen cierta ilusión de objetividad. Las manifestaciones de validez son subjetivas y carecen de significado, aunque poseen el valor de símbolo en relación con ciertos fenómenos psicofísicos¹⁶⁸.

¹⁶⁶ ROSS, A., *Hacia una ciencia realista del Derecho. Crítica del dualismo en el Derecho*, trad. de J. Barboza, Buenos Aires, Abeledo-perrot, 1961, p. 12. La primera edición inglesa es de 1946. En este sentido, escribe el profesor danés: «el derecho es concebido al mismo tiempo como un fenómeno susceptible de observación en el mundo de los hechos, y como unas normas obligatorias en el de la moral o de los valores; al mismo tiempo como algo físico y metafísico, como empírico y *a priori*, como real y como ideal, como algo que existe y algo que vale, como un fenómeno y como una proposición» (p. 15).

¹⁶⁷ *Ibid.*, pp. 16-17.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 17.

El concepto común de Derecho nace, a juicio de Ross, como consecuencia de la fusión de estas nociones subjetivas y racionalizadas de validez con las nociones objetivas de realidad. Si se aceptan aquéllas, aparece el mencionado dualismo con todas sus contradicciones.

Pero escapar del dualismo no conlleva, a juicio de Ross, abandonar por completo dichas nociones, como hacen algunas corrientes radicales, como el realismo jurídico americano, pues ello las incapacita para distinguir el fenómeno jurídico de otros modos de conducta social. Considera el profesor danés que, bien comprendidas, es posible atribuir a estas vivencias de validez un valor únicamente simbólico. No es cuestión de elegir uno solo de ambos caminos. Ello nos hace perder de vista rasgos específicos del Derecho. Una cosa es—opina Ross—sostener que los conceptos jurídicos tradicionales carecen de significado, y otra negar cualquier funcionalidad a dichos conceptos¹⁶⁹.

Junto al análisis psicológico, los realistas escandinavos conceden una gran importancia al análisis histórico-antropológico. Este análisis permite a Ross concluir que el concepto tradicional de Derecho es de naturaleza mágica. Pero esta afirmación ha de matizarse. Para el profesor danés, los conceptos jurídicos no son conceptos elementales, sino compuestos, estructurados y articulados entre sí. Es posible, entonces, distinguir entre la estructura conceptual y su contenido, siendo posible que cierta estructura con el tiempo haya perdido su significado originario, y, en una época posterior, le haya sido atribuido otro, aunque resulte inadecuado a la estructura original. Y es así de

¹⁶⁹ *Ibid.*, pp. 17-18.

hecho—piensa Ross—que la mentalidad moderna conserva todavía numerosos elementos estructurales de orígenes arcaicos—«conceptos fósiles»—, depositados en estratos profundos que sólo el experto es capaz de descubrir y sacar a la luz¹⁷⁰.

Tales conceptos tienen su origen en un proceso de racionalización de ciertas vivencias jurídico-morales que son las mismas que encontramos en el presente. Los fenómenos morales son, en el fondo «nexos psíquicos creados por una influencia social de tipo sugestivo»¹⁷¹. Y ésta es la realidad que está siempre presente en este tipo de fenómenos. Sin embargo, su racionalización varía en los distintos momentos históricos¹⁷².

En consecuencia, existe cierta correspondencia entre realidad jurídica y expresión tradicional, lo que produce la sensación de que las nociones jurídicas significan algo. Según sean los presupuestos intelectuales vigentes en cada momento, la racionalización es distinta de unas épocas a otras. Existe, por tanto una íntima conexión entre las consideraciones psicológicas y las consideraciones históricas de los conceptos del Derecho. Entonces, si bien las nociones racionalizadas del Derecho son literalmente falsas, significan o simbolizan alguna realidad jurídica con la que están en conexión funcional¹⁷³.

¹⁷⁰ *Ibid.*, pp. 18-19.

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 20.

¹⁷² *Ibidem.*

¹⁷³ *Ibid.*, pp. 18-21.

2. Derecho y bienestar social: ¿es posible una ciencia jurídica avalorativa?

Lo real es, pues, la función que desempeñan los conceptos jurídicos. Para Lundstedt, el Derecho persigue el bienestar social. Esta consideración le permite basar lo que llama «ciencia jurídica constructiva» o «juridik constructiva» sin abandonar, aparentemente, los parámetros científicos¹⁷⁴. Su maestro ya había dejado escrito que «si se toma como dado el mismo principio de conducta correcta, los medios para realizar el fin establecido pueden ser científicamente establecidos»¹⁷⁵. Es decir, puesto el fin, es posible determinar científicamente los medios a él conducentes.

Debemos preguntarnos, sin embargo, hasta qué punto es científico decir que el fin del Derecho es el bienestar social cuando Lundstedt niega categóricamente la existencia de valores

¹⁷⁴ Sobre este método, entre otros, *vid.* LUNDSTEDT, A. V., *Superstition or Rationality in Action for Peace?*, *op. cit.*, pp. 129-158; «Law and Justice: a criticism of the method of justice», en *Interpretations of Modern Legal Philosophies. Essays in honor of Roscoe Pound*, Nueva York, Oxford University Press, 1947, pp. 450-483, del que existe traducción al castellano: «El Derecho y la justicia: una crítica al empleo metódico de la valoración de justicia», trad. de Roberto J. Vernengo, en *El hecho del Derecho*, Buenos Aires, Losada, 1956, pp. 159-211, y, por último, *Legal Thinking Revised. My Views on Law*, *op. cit.*, pp. 123-301. La palabra «juridik» es una palabra sueca extensionalmente muy amplia que emplea Lundstedt con el fin de distinguir la actividad de la ciencia jurídica de la actividad de la filosofía del Derecho. La ocupación de ésta última habrían de ser las cuestiones «epistemológicas» (*Legal Thinking...*, pp. 132-133).

¹⁷⁵ HÄGERSTRÖM, A., «On the Truth of Moral Propositions», *op. cit.*, p. 95.

absolutos¹⁷⁶, y considera que no es posible fijar fines objetivos válidos para todo el mundo¹⁷⁷. Deber, bondad, culpa o justicia no son sino la mera expresión de cierto sentimiento. Desde un punto de vista científico, únicamente puede verificarse cierto objeto con el que está asociada cierta emoción, la cual es proyectada a su vez sobre aquél con pretensiones de objetividad¹⁷⁸.

¹⁷⁶ Cfr., por ejemplo, *Legal Thinking Revised*, op. cit., pp. 137 ss.

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 50.

¹⁷⁸ *Ibid.*, pp. 44-49. La crítica de Lundstedt se dirige fundamentalmente contra lo que él llama «método de la justicia». Sobre este particular, vid. *Superstition or Rationality...*, op. cit., pp. 33-128; *Legal Thinking...*, op. cit., pp. 23-216. Trataremos de sintetizar su crítica. A juicio de Lundstedt, la concepción de que los fenómenos jurídicos responden a una justicia que se alza por encima del hombre está hondamente arraigada. Ya Ulpiano proclamó que *ius* provenía de *iustitia*, que era la «voluntad eternamente inmutable de permitir a cada uno sacar beneficio de lo que a cada uno pertenecía» («El Derecho y la justicia...»), op. cit., pp. 159-160). Esta idea de una justicia subyacente al Derecho, que determina su contenido—escribe—, tiene todavía hoy vigencia. Cuando pensamos en un Derecho material, resultado de las exigencias de la justicia; en un derecho formal, que sirve para hacer efectivo ese derecho material; o en medidas coactivas como justa reacción contra quien ha incurrido, por su conducta ilícita, en responsabilidad, estamos imaginando realidades inexistentes. No hay tal justicia. Tampoco hay deberes objetivos. Todo esto es ideología jurídica (*ibid.*, pp. 160-161). Opina Lundstedt que los juristas usan en sus juicios ciertas nociones como «deber», «justicia», «culpa», sobre los que se funda la ciencia jurídica. Pero estos juicios no dicen nada acerca de la realidad, cuando, como es natural, solamente los juicios que son expresión de ésta son juicios verdaderamente científicos. En realidad, se trata de juicios que dependen de cierto sentimiento, positivo o negativo, en la persona que emite el juicio. La conciencia de cierto objeto puede originar en nosotros una determinada emoción, positiva o negativa, la cual es proyectada

por nosotros en dicho objeto. Pero ese algo no está en el objeto, sino en nosotros mismos. Sencillamente, se trata de la objetivación de cierto sentimiento que ilusoriamente es atribuido a un objeto exterior, en el que nada delata la existencia de una misteriosa cualidad de justo o injusto, a diferencia, por ejemplo, de la cualidad de rojo, que sí es constatable en un objeto de ese color (*ibid.*, pp. 45-46). Añade este profesor que, aun en el caso de que todo el mundo dictaminase unánimemente la bondad o maldad de cierta cosa o persona, estaríamos ante un mero juicio subjetivo, pues la unanimidad nada tiene que ver con la verdad, pues sólo lo determinable con independencia de nuestros sentimientos merece la calificación de objetivo (*ibid.*, p. 49). A juicio de Lundstedt, la quintaesencia de la ideología jurídica está constituida por el juicio de deber jurídico, que es la base de la concepción de la justicia natural. Pero este juicio de deber encierra una gran contradicción. La acción ha de tener siempre un propósito definido, con arreglo al cual ha de determinarse si debería o no debería darse. Pero como he aquí que no es posible determinar objetivamente ningún propósito, es imposible que exista deber alguno: «lo contrario implicaría una creencia en valores objetivos (i. e. absolutos)» (*ibid.*, p. 50). En relación con el juicio de culpabilidad—opina Lundstedt—en él se advierte el mismo carácter psicológico. Es expresión del sentimiento de desaprobación suscitado como consecuencia de que algo que debía haber ocurrido no ha ocurrido. Tampoco tiene nada que ver con la realidad. Lo único que es real es que quien emite tal juicio experimenta una emoción determinada, por lo que su juicio, mera expresión suya, es igualmente subjetivo. Sobre el juicio de justicia, a su vez, opina Lundstedt que es una tautología. Así, cuando se dice de una pretensión (*claim*) que es justa, se dice que lo es porque se basa en el Derecho material, y todo lo que se base en tal Derecho, se entiende justo. Pero no es poco frecuente que el órgano jurisdiccional tenga que decidir si cierta pretensión ha de tenerse por presentada o no, es decir, si ha de ser considerada como pretensión y, consecuentemente, como basada en el Derecho material o no. Se plantea la cuestión de si es justo suscitar tal demanda. Aquí se hace patente «la verdadera naturaleza externa» de la justicia, que consiste en el resultado de sopesar los intereses de las partes enfrentadas, a juicio del profesor de Uppsala. Es este sopesar los intereses

Dicho esto, ¿cómo se puede sostener a partir de ahí que el fin del Derecho sea el bienestar social? Él lo basa en lo que considera un hecho: las actividades jurídicas son indispensables para la existencia de la sociedad, pues sin Derecho, la sociedad desaparecería¹⁷⁹.

Además, cabe preguntarse en qué consiste dicho bienestar social. A juicio de Lundstedt consiste en «la prevención, por tanto, en la mayor medida posible, del delito, la negligencia [ne-

en juego lo que muestra más a las claras que lo que tenemos ante nosotros es solamente una cuestión de valoración, una creencia en la justicia natural como fundamento último del derecho. Según Lundstedt, este método de sopesar se ve muy claramente en materia de responsabilidad extracontractual, pero es más difícil apreciarlo en el Derecho penal, pues en éste la posición de las partes es distinta. No obstante, también en este caso el juez atiende a consideraciones de justicia al ponderar las circunstancias concurrentes para agravar o aligerar la culpabilidad del reo. En cuanto al Derecho civil, es característica en él la comparecencia en plano de igualdad de las partes en litigio. La justicia civil sólo es posible mediante la confrontación de las razones alegadas por las partes. En el supuesto de la responsabilidad por culpa, la cuestión se reduce a determinar si las circunstancias que han rodeado la actuación del demandado equivalen a su culpa. Si es hallado culpable sin que el demandante haya incurrido en culpa alguna, es condenado a pagar daños y perjuicios. En los platillos de la balanza son situadas circunstancias consideradas favorables a cada una de las partes. Se pone de manifiesto así que el juicio de justicia tiene un patente carácter de juicio de valor. Como quiera que éste depende de un sentimiento en el juzgador, de algo emotivo, no puede ser ni verdadero ni falso. Nada tiene que ver con la realidad, y no puede nunca ser objetivo (*ibid.*, pp. 52-53).

¹⁷⁹ *Legal Thinking...*, pp. 131-132; *Superstition or Rationality...*, *op. cit.*, p. 154-155.

gligence] y agravios en general; el fomento de la creación de riqueza, el intercambio de bienes, el comercio, el negocio, la industria; en pocas palabras, en todo tipo de empresas, evitando de esta manera que la gente muera de hambre y que los supervivientes se conviertan en bárbaros y salvajes—en otras palabras, en el mantenimiento de la sociedad humana en un nivel civilizado»¹⁸⁰.

A diferencia de las consideraciones sobre la justicia, su afirmación de que la utilidad social es el fin del Derecho parece sustraerse al emotivismo: «¿puede ser discutida la utilidad social de alguno solo de mis puntos de vista?»¹⁸¹. Para él no cabe duda, por tanto, de que el Derecho se se funda y se ordena a la utilidad social¹⁸².

La teoría de Lundstedt ha sido criticada duramente por algunos autores. Theodor Geiger ha afirmado que «es insostenible el papel que representa en la teoría de Lundstedt la idea de la *utilidad social*»¹⁸³. Ross, a su vez, ya había denunciado esta teo-

¹⁸⁰ *Superstition...*, pp. 155-156.

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 156.

¹⁸² *Ibidem*.

¹⁸³ GEIGER, Th., *Moral y Derecho. Polémica con Uppsala*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Barcelona, Alfa, 1982, p. 86. (El original alemán es *Über Recht und Moral. Streitgespräch mit Uppsala*, Berlin, 1979, traducción, a su vez, del original danés: *Debat med Uppsala om moral og ret*, Copenhagen, 1946.) La crítica a Lundstedt se halla en las pp. 104 ss. en la versión castellana.

ría por metafísica¹⁸⁴. Sin mencionarlo expresamente, el profesor danés se refiere a las teorías sobre el bienestar social en *On Law and Justice*, donde afirma que su invocación no ayuda a superar la inconmensurabilidad cualitativa de las necesidades, y así se pregunta: «¿cómo elegir entre estimular las artes y las ciencias o la construcción de casas? ¿Cómo sumar libertad, alimentación, vivienda y buena música?»¹⁸⁵. Por otro lado, está el problema de la incompatibilidad de intereses. Se dice «la gente», «uno», «todos» desean buenas casas. Pero *la gente* no vive en las casas. En las casas viven A, B y C, y A desea una casa para A, mientras que B desea una casa para B, y C desea una casa para C. Si no es posible satisfacer todas las necesidades, surge la discrepancia y la competencia¹⁸⁶.

¹⁸⁴ En *Svensk Juristtidning*, 1932, p. 347 y, en el número de 1933, p. 117 (la cita se toma de GEIGER, Th., *Moral y Derecho*, op. cit., p. 87).

¹⁸⁵ ROSS, A., *Sobre el Derecho y la justicia*, op. cit., pp. 286-287. Efectivamente, resulta difícil llevar a la práctica el principio de la mayor felicidad para el mayor número. Por eso Kaufmann propone sustituirlo por el de la menor infelicidad para el mayor número, toda vez que la felicidad y el placer son multiformes y no universalizables, mientras que las caras del sufrimiento son también multiformes, pero universalizables (KAUFMANN, A., «Concepción hermenéutica del método jurídico», en *Persona y Derecho*, 35 (1996), pp. 34 ss., y del mismo autor, *Negativer Utilitarismus. Ein Versuch über das bonum commune*, Munich, Bayerischen Akademie der Wissenschaften, 1994, pp. 17 ss. y 22 ss.).

¹⁸⁶ ROSS, A., *Sobre el Derecho y la justicia*, op. cit., p. 287. El planteamiento que hace Ross de la inconmensurabilidad cualitativa de las necesidades es, quizás, excesivamente nórdico, pues sólo en una sociedad como la escandinava, que ha alcanzado un alto nivel de bienestar, se suscita la cuestión acerca de si es mejor estimular las artes y las ciencias o el fomento de la vivienda.

El principio del bienestar social, a juicio de Ross, no se basa en la experiencia, y opina que es fruto del anhelo de un principio de acción absoluto, que no es sino una nueva dogmatización de la conciencia moral y jurídica que trata de presentar nuestras elecciones como una decisión racional, cosa que considera una «falacia que choca con dos hechos fundamentales: la inconmensurabilidad cualitativa de las necesidades y la mutua desarmonía de los intereses»¹⁸⁷.

Geiger, por su parte, al desarrollar su crítica, dirige su mirada hacia el concepto de comunidad que se supone beneficiada por la actividad jurídica. Entendida desde un punto de vista estático—opina—, se establece una correspondencia entre dicha actividad y una comunidad con una forma dada, que hay que mantener, lo cual es una posición conservadora con la que sólo quienes tienen el poder estarán de acuerdo. Sin embargo, entendida la comunidad desde un punto de vista dinámico, la actividad jurídica favorece la evolución natural de ésta, cuyo sentido no es posible determinar fácilmente, y en cualquier caso exige una valoración que sólo se puede zanjar *metafísicamente*¹⁸⁸. En consecuencia—concluye Geiger—, el concepto de utilidad social es un concepto supérfluo que «no contribuye a una comprensión realista del Derecho»¹⁸⁹.

Esto no se plantea allí donde hay necesidades más perentorias que satisfacer. Es, obviamente, prioritario proporcionar sustento a los indigentes o dar trabajo que estimular las artes y las ciencias.

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 288.

¹⁸⁸ GEIGER, Th., *Derecho y moral*, *op. cit.*, pp. 91-93.

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 93

Al final, Lundstedt acaba admitiendo que con su ciencia jurídica constructiva se sale de los límites de la ciencia «pura»¹⁹⁰. Pero—añade—si tenemos en cuenta que las valoraciones de los científicos del Derecho son de extraordinaria importancia para la sociedad, no parece que deban excluirse de la ciencia jurídica¹⁹¹.

A nosotros, la cuestión que nos interesa no es tanto si Lundstedt hace o no metafísica, cuanto si Olivecrona hace lo propio. Con Geiger hay que preguntarse: «realmente, ¿se ha negado la entrada a las valoraciones por la puerta grande del templo de la ciencia para introducirlas por la sacristía?»¹⁹².

Hay quien responde afirmativamente a esta cuestión. El profesor Luigi Bagolini, en un artículo sobre los valores en el panorama contemporáneo, de 1950¹⁹³, dice en relación con Olivecrona que éste incurre en una contradicción entre sus premisas y sus conclusiones: «finalmente—escribe—, el elemento ideológico y valorativo, que [Olivecrona] ha querido tenazmente eliminar de la esfera del conocimiento jurídico, aparece en su

¹⁹⁰ LUNDSTEDT, A. V., *Legal Thinking...*, p. 213. Considera que la denominación «ciencia» es una cuestión terminológica. La cuestión—añade—es si la valoración debería ser separada de la actividad puramente científica y confiada a otros o no.

¹⁹¹ *Ibid.*, p. 214.

¹⁹² GEIGER, Th., *Derecho y moral*, *op. cit.*, p. 96. La frase está dirigida a Lundstedt.

¹⁹³ BAGOLINI, L. «Aspetti della critica dei valori etico-giuridici nel pensiero contemporaneo», en *RIFD*, 1950, pp. 235-267.

construcción de una manera desconcertante, aunque bajo un aspecto distinto del criticado por él»¹⁹⁴.

Entre nosotros, también se ha señalado la existencia de instancias axiológicas no desterradas en la obra de Olivecrona: «con frecuencia—escribe Montoro—aparecen en su obra alusiones a criterios o a fines a los que ha de ajustarse y servir el Derecho y que no pueden ser más que el resultado de procesos de valoración»¹⁹⁵. Nos ocuparemos de esta cuestión en el último capítulo.

¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 245. Esta crítica aparece ya esbozada en 1949, pero dirigida también contra Lundstedt: «Il problema dei valori in alcuni recenti scritti filosofici e giuridici», en *RIFD*, 1949, pp. 465-475, especialmente p. 470.

¹⁹⁵ MONTORO BALLESTEROS, A., «Notas sobre el realismo jurídico escandinavo...», *op. cit.*, p. 104.

CAPÍTULO SEGUNDO

**UN PROYECTO DE SABER JURÍDICO. FILOSOFÍA
Y CIENCIA DEL DERECHO**

Corresponde ahora examinar la metodología con la que Olivecrona aborda el estudio del Derecho. El jurista sueco pretende ofrecer una explicación del Derecho como fenómeno psicológico-social. Los presupuestos ontológicos y epistemológicos de que parte le obligan a ello. El objeto de la ciencia jurídica no puede pertenecer al presunto mundo del deber ser, no verificable, sino que tendrá que ser un objeto físico. La ciencia jurídica tiene que ser depurada de la superestructura conceptual metafísica que la invade, y es misión de la filosofía del Derecho realizar esta labor. Para ello el análisis del lenguaje es fundamental, aunque también lo son la psicología y la historia del Derecho.

El punto de partida de Olivecrona son las principales teorías elaboradas por la doctrina acerca de la naturaleza del Derecho, de las que se ha de calibrar la realidad del lenguaje empleado, habitualmente contaminado de elementos metafísicos o ideológicos en su opinión.

I. LO REAL Y LO COGNOSCIBLE EN OLIVECRONA

Vimos arriba que la teoría de la realidad de Hägerström se articulaba en torno a tres ideas fundamentales: *a)* sólo lo inequívocamente determinado es real; *b)* todo lo real forma parte de un sistema último total, y *c)* este sistema es el mundo de la experiencia¹. Esto implicaba que todo aquello que no podía determinarse dentro de los ejes de espacio y tiempo no podía ser considerado como real. Tal es el caso de conceptos como la justicia, los derechos, los valores, lo bello, etc. Esto significaba, a su vez, que un conocimiento que versara sobre ellos no podría ser considerado como auténtico conocimiento, sino únicamente ideología o metafísica. El conocimiento de la realidad exigía, por tanto, una medida empírica.

Olivecrona no desarrolla una ontología propia; tampoco una epistemología, pero las ideas de Hägerström operan como presupuestos tácitos de su pensamiento. La única referencia expresa que hemos encontrado tiene un carácter meramente incidental:

«Pero cuando hay que dar una explicación científica de los fenómenos jurídicos, es decir, de *integrarlos en una coherente y no contradictoria visión del mundo en que vivimos*, la distinción [entre verdad y corrección] es de una importancia crucial»².

Este pasaje permite extraer dos conclusiones. En primer lugar, dado su carácter aislado e incidental, permite advertir que Olivecrona no tiene interés alguno en asumir como tarea previa la determinación de los principios metodológicos que articulan

¹ Vid. cap. I, ep. III. 1 de este mismo trabajo.

² *LF/II*, p. 267. Cursiva añadida.

su teoría del Derecho. Y, en segundo lugar, permite comprobar la acción tácitamente vertebradora que la filosofía hägerströmiana ejerce en su pensamiento.

La unidad y coherencia a la que alude el texto citado es la que proporciona el mundo de la experiencia. La alusión al adjetivo «empírico» aparece de vez en cuando en sus trabajos, pero no con mucha frecuencia³.

La cientificidad de la ciencia del Derecho pasa en Olivecrona por no conceder el estatuto de fenómeno jurídico real a aquél que no sea posible insertar en el marco que determinan las coordenadas espacio-tiempo. Pensar, frente a un mundo natural, en un mundo metafísico, propio de lo jurídico, carece, para Olivecrona, de todo sentido, y es incompatible, por contradictorio, con los presupuestos y las exigencias más elementales de la ciencia: si el conocimiento jurídico ha de ser tal—escribe—, «tiene que tratar de hechos, no de entidades metafísicas»⁴. Para el profesor de Lund, dar carta de validez a juicios sobre lo justo

³ Como decimos, «empírico», «empírica», «empíricamente», etc. no son términos muy usados por Olivecrona. Cuando los usa, vienen asociados con la observación del mundo de los hechos (*LF/II*, p. 253; con la observación de las relaciones de causalidad («Law as fact», en *Interpretations of Modern Legal Theories. Essays in Honor of Roscoe Pound*, *op. cit.*, p. 542); o como una necesidad para la resolución de ciertos problemas históricos o lingüísticos («Legal Language and Reality», *op. cit.*, pp. 182 y 191). Por último, sin ánimo de exhaustividad, puede también ser localizado este adjetivo en «The Imperative Element in the Law», *op. cit.*, p. 797; en el ya citado «Legal Language...», p. 157; o en «The Will of the Sovereign...», *op. cit.*, p. 107.

⁴ *LF/II*, *op. cit.*, p. 172.

o lo bueno equivale a mezclar la ideología con la realidad objetiva, lo que es un craso error, pues los hechos no son ni buenos ni malos, ni debidos ni indebidos; sólo son hechos. Por tanto, «en una investigación científica sobre la naturaleza del ordenamiento jurídico tenemos que distinguir rigurosamente entre los diferentes elementos del estado real de cosas»⁵.

En el pensamiento de Olivecrona, pues, «realismo» equivale a tomar «todos los fenómenos jurídicos como parte del orden social existente, esto es, como puramente fácticos»⁶, y a

⁵ GS, *op. cit.*, p. 124. Hernández Marín, seguidor de los postulados del realismo escandinavo, y particularmente de Olivecrona (*cfr.* HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, Madrid, Marcial Pons, 1998, p. 126) entiende que sólo hay dos tipos de entidades: las «entidades factuales», que son las cosas que existen en el mundo del espacio y el tiempo, y las «ideales», que no existen en dicho mundo ni están sometidas a relaciones de causalidad. De éstas únicamente reconoce las entidades matemáticas y las lógicas (*ibid.*, pp. 41-43). El resto, dejando aparte la existencia controvertida de las entidades semánticas, son cuasientidades. Reconoce que no se puede probar que éstas no existan, pero al no hallarse ningún dato que pueda verificarlas, se puede justificar que es falsa la creencia en su existencia (*ibid.*, pp. 99-100). Se adhiere a la negativa de Quine, por carecer del menor sentido, a aceptar distintos sentidos de existir (*ibid.*, p. 100). Esto le lleva a negar la existencia del Derecho natural (*ibid.*, pp. 101-107), pero también la de la costumbre y los principios generales del Derecho, por ser cuasientidades. Por lo que, escribe este autor, «si los PGD [principios generales del Derecho] y el Derecho consuetudinario no existen, no forman parte del mundo, entonces tampoco forman parte del mundo jurídico, no son parte del Derecho» (*ibid.*, p. 109). La ley, para él, es el texto de la ley (*ibid.*, p. 114).

⁶ «Realism and Idealism. Some Reflections on the Cardinal Point in Legal Philosophy», en *New York University Law Review*, 1951, p. 120.

mostrar que es posible circunscribir los fenómenos jurídicos en el mundo de los hechos, es decir, en el mundo natural de causa y efecto⁷.

II. MISIÓN DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO. LA CIENCIA JURÍDICA

Olivecrona denuncia que en la ciencia jurídica abundan los conceptos que tienen su origen en presuntas realidades no verificables por los sentidos. Por eso, cree que una crítica de sus conceptos fundamentales es ineludible. Ésta es, a su juicio, la misión de la filosofía del Derecho: el análisis de los conceptos jurídicos. Su objeto no es un tipo especial de hechos, sino los conceptos y expresiones jurídicos. En su opinión, es una tarea imprescindible para toda actividad científica rigurosa y, en este caso, para el correcto desarrollo de la ciencia del Derecho⁸.

⁷ «Law as fact», *op. cit.*, p. 553.

⁸ La necesidad de un análisis conceptual había sido ya establecida por Hägerström: «Desde los tiempos de Sócrates se ha sostenido que una de las tareas más importantes de la filosofía es analizar las nociones que son de uso común para obtener un mundo real de conceptos científicos, que ha de tener coherencia interna. Pues la realidad, a la que la ciencia está referida, no puede ser descrita por medio de juicios contradictorios entre sí. No hay duda de que siempre es posible expresar dichos juicios en palabras, pero estas palabras no tienen significado. Por tanto, ninguna ciencia que pretenda describir la realidad puede eludir un análisis conceptual de esta clase» (HÄGERSTRÖM, A., «The Conception of a Declaration of Intention in the Sphere of Private Law», en *Inquiries...*, *op. cit.*, pp. 299-300. *Cursiva añadida*. Este trabajo era un artículo que originalmente llevó por título «Begreppet viljeförklaring på privaträttens område», en *Theoria*, I [1935]). En relación con OLIVECRONA, *vid.* «Legal Language and Reality», pp. 169-170; *The Problem of the Mone-*

El profesor de Lund está convencido de que únicamente tras esta clarificación del lenguaje será posible hablar y llevar a efecto una verdadera y auténtica ciencia del Derecho. Por tanto, la filosofía del Derecho tiene un *carácter temporal*. Su sentido viene dado por la obra de limpieza que le es encomendada. Al respecto escribe:

«Cuando las ideas de fuerza obligatoria, de derechos y deberes son disueltas en sus partes constitutivas, los principales problemas de la filosofía jurídica tradicional se disipan en el aire. Ellas son sustituidas por problemas reales que pueden ser tratados de manera totalmente científica. En vez de derechos y deberes, tenemos sólo *ideas* de derechos y deberes; en vez de la fuerza obligatoria del Derecho, *opiniones* de la gente acerca de las razones por las que el Derecho es “obligatorio”. La única ocupación científica en este campo consiste en investigar las ideas como tales»⁹.

En este sentido, la investigación tiene un cierto carácter liberador. Con ella nos despojamos de una superestructura extraña, artificialmente construida, que atenaza la realidad y nos impide ver el fondo. El resultado es un campo expedito para una ciencia realista del Derecho. Ahora bien, ¿qué significa «ciencia» para Olivecrona?

Mediante un *análisis de los términos «ciencia» o «científico/a»*, advertimos que el carácter realista, tal y como lo entiende Olivecrona, de la ciencia del Derecho en general está asociado

tary Unit, op. cit., p. 12; «Law as fact», p. 550; *LF/I*, pp. 25-27; y, fundamentalmente, *LF/II*, p. 5-6. *Vid.* cap. I, ep. IV.1 y ep. IV de este capítulo.

⁹ «Law as fact», *op. cit.*, p. 554.

en su pensamiento con la cientificidad de ésta, de manera que todo conocimiento desvinculado del mundo real de los hechos es acientífico. En todos los lugares en los que podemos ver registrados tales términos, Olivecrona se encarga de poner de relieve que el estudio del Derecho ha de ser un estudio dirigido al mundo de la experiencia, a todos aquellos elementos que es posible distinguir en una situación de hecho¹⁰. El Derecho es visto, así, como un orden fáctico¹¹, natural, no como un mundo independiente, en como una realidad aparte¹².

Se observa también que el estudio científico del Derecho es usado por el profesor de Lund para contraponerlo a otras disciplinas de conocimiento, fundamentalmente la metafísica¹³.

Es preciso, por tanto, conducirse con mucho cuidado a la hora de manejar los conceptos jurídicos—suele decir Olivecrona—. Hay que averiguar su verdadero sentido, confrontándolos con la realidad¹⁴. La manera de llevar esto a cabo es a través de la consideración de los hechos psíquicos que laten tras el Dere-

¹⁰ Así, en *LF/I*, *op. cit.*, pp. 17 y 128; en el ya citado *GS*, p. 124; «Law as fact», *op. cit.*, p. 548.

¹¹ «Realism and Idealism...», *op. cit.*, pp. 120 y 124.

¹² *GS*, p. 47.

¹³ *LF/I*, p. 181; «Law as fact», *op. cit.*, p. 546; «Legal Language and Reality», *op. cit.*, p. 168; «Jherings Rechtspositivismus...», *op. cit.*, p. 172.

¹⁴ *LF/II*, pp. 159 y 176; «The Legal Theories of Axel Hägerström and Vilhelm Lundstedt», en *SSL*, 1959, p. 128; «Law as fact», *op. cit.*, p. 550; «Legal Language...», *op. cit.*, pp. 160 y 166.

cho y que a lo largo de la historia van manifestándose de distinta manera¹⁵.

La ciencia jurídica—afirma Olivecrona—no puede seguir siendo una ciencia normativa, que versa sobre un presunto deber ser. Ha de ser reducida al mismo plano que las ciencias sociales, pues en la realidad natural no hay deberes objetivos. Esto significa que una teoría que gire alrededor de ellos carece por completo de objeto. La ciencia jurídica, si ha de ser ciencia y tener un objeto, ha de versar sobre un objeto real o físico¹⁶.

Este objeto consiste en un elemento real, psicológico, que está constituido por las representaciones de las conductas contenidas en las normas jurídicas, las cuales sí pueden ser objeto de un conocimiento científico¹⁷.

Sin embargo, habitualmente se hace de la ciencia jurídica—comenta Olivecrona—algo totalmente opuesto a ciencias como la sociología o las ciencias políticas. La ciencia jurídica, se dice, es una ciencia normativa que trata sobre el deber ser; mientras que dichas ciencias tratan sobre el ser. Tal contraposición pierde su fundamento tan pronto como advertimos que el auténtico

¹⁵ *LF/I*, pp. 11 y 163; «The Legal Theories...», *op. cit.*, p. 136.

¹⁶ *GS*, pp. 47-48.

¹⁷ *Ibid.*, p. 48. En cuanto a la forma imperativa, ésta es irrelevante para el quehacer de la ciencia jurídica, no es objeto suyo. Si, como luego veremos, entendemos esta forma como un medio para influir en el destinatario de la norma, lo lógico es que sea la psicología la que se encargue de llevar a cabo su estudio, pero no la ciencia del Derecho, que solamente atiende a su contenido (*ibidem*).

objeto de la ciencia jurídica pertenece al mundo natural. Es verdad—admite—que existe una diferencia entre la ciencia jurídica y la sociología o las ciencias políticas. Aunque sus objetos estén en el mismo plano, no coinciden plenamente. La ciencia del Derecho atiende al *contenido* de las normas jurídicas, que es un ámbito de la realidad social que no es de interés primario para la sociología o las ciencias políticas, las cuales miran más otros aspectos, tales como el influjo del Derecho penal en la criminalidad, la efectiva aplicación de cierta constitución, las relaciones de poder, etc.¹⁸.

Las funciones específicas de la ciencia del Derecho son, para Olivecrona, tres. En primer lugar, la determinación y sistematización de las representaciones de las acciones contenidas en la ley y la costumbre, que es la tarea principal de la ciencia jurídica. En segundo lugar, proporcionar al juez una panoplia de criterios para la resolución de las lagunas que inevitablemente presenta el ordenamiento jurídico¹⁹. Y, en tercer lugar, preparar

¹⁸ *Ibid.*, pp. 49-50.

¹⁹ Aquí se plantea la cuestión de con arreglo a qué principios han de ser colmadas las lagunas del ordenamiento jurídico. Ante una situación para la que determinado ordenamiento no ha previsto solución alguna, o al menos, no ha previsto una solución unívoca y caben varias soluciones, el aplicador del Derecho se ve obligado a recurrir a otra cosa que no sea la ley para resolver el caso, ya que ésta nada dice. Se ve abocado, pues, a resolver el caso con arreglo a consideraciones políticas, en el sentido de no jurídicas: «Con ello no se puede negar que entran en juego juicios de valor» (*ibid.*, p. 52). Sobre valoración, *vid.* cap. VIII, ep. III.3.b) de este mismo trabajo.

el camino al legislador mediante una investigación anticipada de los problemas que se presentan en la actualidad²⁰.

Para Olivecrona, cuando la filosofía y, a través de ella, la ciencia jurídica tradicional (*jurisprudence*), se vean libres del yugo de la metafísica, convenientemente reinterpretados los conceptos jurídicos, será posible sustituir los términos «filosofía del Derecho» y «jurisprudence» por el de «ciencia jurídica». Son exigencias de la ciencia jurídica realista, que es una rama de la ciencia social en la que los ámbitos propios de la psicología, de la sociología o de la economía no están clara y distintamente deslindados²¹.

Una observación antes de terminar. La labor de limpieza de la que se ha hablado es una labor de limpieza conceptual, pero no lingüística, pues los términos jurídicos cumplen determinada función imprescindible que luego señalaremos²².

²⁰ *Ibid.*, pp. 50-51.

²¹ «Law as fact», *op. cit.*, pp. 554-555. Ollero ha observado que este afán por asimilar el conocimiento jurídico a las ciencias sociales tiene algo de comtiano (OLLERO, A., «Un realismo a medias: el empirismo escandinavo», en *Revista de Ciencias Sociales* (Valparaíso), 25, (1984), p. 90.

²² Incluso Lundstedt había admitido la posibilidad de seguir usando los términos jurídicos, aunque *entrecorillados*: «Las expresiones derechos, deberes, obligaciones, relaciones, pretensiones y demandas, estrictamente hablando, no deberían ser usadas, ni siquiera como términos o etiquetas. Pero pienso que sería imposible la práctica jurídica (ya sea fuera o ante los tribunales de justicia) de erradicarlos. Si los autores usan tal término [sic] y temen por eso ser malentendidos podrían poner el término en cuestión entre comillas» (LUNDSTEDT, V., *Legal Thinking Revised*, *op. cit.*, p. 17). Otras referencias de

III. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE INVESTIGACIÓN

De lo anterior se desprende que Olivecrona, en su calidad de filósofo del Derecho, tiene la misión de analizar los conceptos jurídicos. Sin embargo, a la hora de realizar este propósito se encuentra con una primera dificultad. Estudiar el Derecho implica saber, o tener cierta noción de qué sea eso llamado Derecho²³.

OLIVECRONA sobre el tema de la ciencia jurídica se encuentran en los siguientes lugares: *LF/I*, p. 25; *LF/II*, pp. 66, 112, 147, 172, 182, 183, 238 y 267; «Realism and Idealism», *op. cit.*, p. 129; «Law as fact», *op. cit.*, pp. 543 y 544; «Legal Language...», *op. cit.*, pp. 153 y 156.

²³ Ya en la primera edición de *Law as fact* era consciente del peligro de partir de una definición de Derecho, que implicaría una *petitio principii* (p. 25). De lo que no era consciente es de que la circularidad es inevitable. Como dice Kaufmann, «en realidad toda nuestra lógica descansa sobre definiciones *implicitas* y eso quiere decir que los círculos son inevitables en su construcción» (KAUFMANN, A., «Sobre la argumentación circular en la determinación del Derecho», en *Persona y Derecho*, 29 (1993), pp. 23-24). Entre nosotros, Serna ha mantenido que la exigencia de cientificidad es «lo que conduce a Kelsen y, antes aún, a Bentham y Austin, a establecer una determinación precisa del ámbito de lo jurídico, una definición del Derecho que se constituye no como el fruto de una teoría jurídica o de la ciencia jurídica, sino más bien como su punto de partida. La identificación del Derecho como orden normativo no tiene, en rigor, otro origen que éste. Es más, al estar formulada desde una teoría de la ciencia que margina los elementos no empíricamente verificables del objeto científico, el acceso descriptivo que se lleva a cabo inicialmente queda incompleto, o excluye positivamente de la definición del Derecho algunos factores que también se presentan en la práctica totalidad de los órdenes jurídicos, como es el dato de la obediencia por razones morales, la conciencia y apelación a la obligatoriedad, la pretensión de valor moral, justicia y necesidad de obediencia que el propio ordenamiento jurídico exhibe siempre» (SERNA, P., «Sobre las respuestas al positivismo jurídico», *op. cit.*,

Es claro que si queremos estudiar cierto objeto, hemos de ser capaces de identificarlo. Pero esto exige que antes de comenzar la investigación de la cosa por cuya naturaleza nos preguntamos, tengamos ya cierta noción de ella. Se plantea entonces el siguiente dilema: «parece—dice Olivecrona—que uno no sea capaz de definir un objeto de investigación sin ser ya familiar con él»²⁴.

En efecto, si definimos dicho objeto *a priori*, acondicionamos el resultado de la investigación, que estará en función de aquello que hemos querido ver, o más exactamente mirar. No se puede marginar un ámbito de la realidad mediante una definición previa, y pretender que las conclusiones de nuestro estudio sean aplicables a toda la realidad del Derecho. Estas conclusiones solamente pueden ser predicadas de aquello que nosotros hemos entendido por Derecho. Si estipulamos un concepto de Derecho, por muy extensa y profundamente que lo estudiemos, la teoría resultante solamente tendrá validez relativa a aquellos elementos que hemos tenido en cuenta a la hora de delimitar el objeto de estudio²⁵.

pp. 296-297). Pero al no ser el Derecho un objeto dado, «todo intento de definirlo en el punto de partida supone adoptar una postura parcial o, si se quiere, ideológica, que conduce a seccionar la experiencia» (*ibid.*, p. 306). En definitiva, este autor concluye, por la razón anterior, que «no es posible, pues, partir de un concepto de Derecho; sólo es sensato intentar llegar a él [...]» (*ibid.*, p. 313).

²⁴ *LF/II*, p. 1.

²⁵ A modo de ejemplo: AUSTIN, John, *The Province of Jurisprudence Determined*, Indianápolis, Hacket Publishing Company, 1998, pp. 9 ss. Nada más comenzar el tratado, Austin, en la Lección I, escribe: «El objeto de la ciencia

Por ello, Olivecrona equipara el suscitarse de una cuestión científica con una «desagradable sensación de tener una laguna en nuestro conocimiento»²⁶, como si fuera un vacío que debe colmarse. La laguna nos viene dada. Posee unos contornos y una profundidad determinados, que podemos tratar de colmar, pero que no dependen de nosotros. Este vacío se corresponde con una realidad que no conocemos, y a la cual tenemos que abrir nuestra mente para conocerla tal cual es, según su propia naturaleza. No debemos preestructurar artificialmente aquello que todavía no conocemos, tratando de modelarlo según unos

del Derecho (*jurisprudence*) es el Derecho positivo: el Derecho, simple y estrictamente así llamado: o el Derecho establecido por los políticamente superiores sobre los políticamente inferiores» (p. 9). Todo aquello que no se incluya en la definición no es Derecho, o lo es sólo por semejanza o analogía. Así, son leyes impropias las reglas del honor, las de la moda y las del Derecho internacional (p. 12). Pero, como denunció Del Vecchio, esta definición es circular. También a Hart se ha acusado de hacer lo mismo con su distinción entre caso central de Derecho y casos periféricos, entre los que se incluyen las reglas del Derecho internacional y el Derecho primitivo (HART, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 3). Saber qué es central implica un prejuicio o un peculiar punto de vista. Sobre este particular, *vid.* FINNIS, J. M., *Ley natural y derechos naturales*, trad. de C. Orrego, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, pp. 49-50 ; ORREGO, C., *H. L. A., Hart, abogado del positivismo jurídico*, *op. cit.*, pp. 304 ss. Como ha señalado Serna, en el positivismo jurídico se secciona la experiencia de la realidad jurídica excluyendo de la definición del Derecho aquellos factores que no se pueden tratar con el método científico. De este modo, la cientificidad es la regla a la que ha de acomodarse la experiencia de lo real, y no al revés (*Cfr.* SERNA, P., «Sobre las respuestas al positivismo jurídico», *op. cit.*, pp. 298-299).

²⁶ *LF/II*, p. 2. Cursiva añadida.

patrones definidos que nos adelantamos a establecer. Porque tales patrones limitan nuestro conocimiento y oprimen la realidad, sometiéndola a un esquema artificial. Por el contrario debemos eliminar todo prejuicio: «el investigador—dice Olivecrona—es como un explorador ante los confines de un nuevo país jamás hollado por pie humano»²⁷.

El profesor de Lund usa un ejemplo significativo para aclarar cómo su aproximación al Derecho tiene un carácter abierto. El rayo—escribe—es un fenómeno atmosférico conocido desde siempre. Pero sólo cuando la curiosidad sobre su naturaleza comenzó a sentirse, empezó la investigación de sus condiciones y circunstancias de tiempo, lugar, etc. El principio de conocimiento pasó a ser la observación, y se dejó de imputar el rayo a la ira divina. Paulatinamente se fue profundizando en el conocimiento de su naturaleza, y se lo puso en relación con otros fenómenos, cuya investigación también progresaba, tales como la electricidad. Se planteaban hipótesis, y luego se verificaban experimentalmente. Esto marcó el sentido de la investigación y le dio un carácter sistemático²⁸.

Este progreso, sin embargo, no se ha producido en el campo del Derecho. Aquí falta un conjunto de manifestaciones visuales o auditivas en correspondencia con la palabra «Derecho». La ley no es algo para ser visto; tampoco el derecho subjetivo ni la obligación jurídica. No obstante, esto no priva al ciudadano corriente de hablar de leyes, derechos subjetivos, obligaciones ju-

²⁷ *Ibid.*, p. 2.

²⁸ *Ibid.*, pp. 2-3.

rídicas y otras cosas. El ciudadano corriente—observa Olivecrona—posee una gran cantidad de nociones jurídicas. Sabe que es ciudadano de cierto país, que ciertos textos llamados «leyes» son establecidos por ciertos órganos y que exigen obediencia; sabe que tiene una serie de derechos y obligaciones; que tiene la propiedad de una casa, para cuyo pago ha pedido un préstamo al banco, y que tiene que pagar intereses; que está obligado a pagar impuestos; que tiene derecho al voto; que tiene el derecho a una pensión de jubilación; que tiene derecho a acudir a los tribunales, etc. Las nociones jurídicas—concluye—son imprescindibles en la vida ordinaria. Sin ellas cosas tan elementales como las noticias de la radio o de la televisión no podrían ser entendidas. «Incluso—añade—cuando [el ciudadano corriente] desea buenas noches a su “esposa” está presente una noción jurídica»²⁹.

El punto de partida puede ser entonces el lenguaje usual y el contenido de la mentalidad común. Éstas constituyen la base fáctica precisa para emprender la investigación, que a partir de aquí puede seguir un triple curso:

a) Se puede, en primer lugar, analizar la propia mentalidad común. Con esto alcanzaríamos un conocimiento más preciso acerca de nuestras ideas acerca del Derecho y del lenguaje en que se expresa. Este objeto de investigación es denominado por Olivecrona «ideología jurídica»³⁰.

²⁹ *Ibid.*, p. 3.

³⁰ *Ibid.*, p. 4.

b) Otra posibilidad consiste en ir más allá de la mentalidad corriente y centrarse en los *hechos* (*empirical realities*) que están conectados con las nociones jurídicas. Así, en relación con la noción de «frontera», nos encontramos con los siguientes hechos: sobre el plano, una línea divisora entre dos países; sobre el terreno, ciertos hitos, algunas alambradas, ríos, etc. Todavía es posible preguntarse por la finalidad de esta demarcación, y ver en ello ciertas necesidades policiales, comerciales, administrativas, militares, etc. Incluso es posible también cuestionarse sobre el origen de la actual configuración fronteriza, lo que nos obligaría a acudir a fuentes históricas, tratados de paz, etc. El objeto de investigación está constituido en este caso por «hechos objetivos»³¹.

c) Por último, es posible partir de las *teorías* acerca de la naturaleza del Derecho, y tratar de determinar su contenido de verdad, lo cual nos reenviaría a las mismas cuestiones que se acaban de indicar.

Las tres vías de investigación tienen un rasgo en común. Las nociones corrientes y el lenguaje común se toman como hechos. Desde aquí empieza la investigación. No se hace, según el profesor de Uppsala, ninguna presuposición acerca de lo que es el Estado, la legislación o la obligación. Lo que corrientemente se entiende por estos y otros conceptos es tratado como

³¹ *Ibid.*, pp. 4-5.

un hecho más entre otros hechos. No hay, pues, circularidad en este punto de partida³².

De las tres opciones, la tercera tiene la ventaja de que permite comenzar con las ideas más elaboradas y desarrolladas de los juristas, a diferencia de las más vagas e imprecisas de la mentalidad común. Por tanto, el objeto propio y directo de la investigación de Olivecrona serán las teorías del Derecho formuladas por la ciencia y la filosofía del Derecho. Esto será, en efecto, en sus distintos trabajos, no sólo de filosofía del Derecho, sino también de historia del Derecho y de otra clase³³.

Para el análisis de las distintas teorías del Derecho, Olivecrona se acoge a la tradicional distinción entre iusnaturalismo y positivismo jurídico. Observa que el término «teoría del Derecho natural» es normalmente aplicado a toda teoría que admite y versa sobre un supuesto Derecho natural, del que se viene ha-

³² *Ibid.*, p. 5. Conviene aclarar que cuando dice que el punto de partida son las teorías elaboradas por la doctrina sobre el Derecho, la toma en consideración, aunque sólo sea como hechos, de las nociones y el lenguaje corrientes está justificada porque—como dice—el estudio de dichas teorías «eventualmente, podría conducirnos a las mismas cuestiones» (*ibidem*). En consecuencia, Olivecrona no sólo tendrá en cuenta en su investigación las teorías del Derecho, sino también, como hecho, las nociones comunes, y los datos de experiencia.

³³ Su punto de partida en *LF/I* es la idea del Derecho como obligatorio. A su juicio, la definición más general del Derecho parece ser la de que el Derecho es un conjunto de reglas con fuerza obligatoria en los miembros de la comunidad. Por tanto, dice, «podemos tomar esta definición como un punto de partida para nuestra investigación acerca de la verdadera naturaleza del Derecho» (p. 9).

blando desde la Antigüedad. A su vez, el término «positivismo jurídico» hace referencia a todas aquellas teorías que rechazan la existencia de un Derecho natural. Su formulación data, sin embargo, de tiempos recientes y ha sufrido diversos altibajos. Su vocación frente al iusnaturalismo—añade—es sedicentemente científica³⁴.

Como vamos a ver, ninguno de estos grupos de teorías satisface las necesidades de una ciencia rigurosa. Esto va a hacer necesaria su superación. Esta vocación superadora es patente en toda la obra de Olivecrona. También cuando trata de materias diversas a la Teoría del Derecho. Tras la exposición de las distintas teorías contrapuestas, el profesor de Lund presenta la suya como una alternativa que permite superar las insuficiencias de las teorías tradicionales sobre la materia. La superación, sin embargo, no se produce por medio de una síntesis aglutinadora de las teorías anteriores en una nueva visión integradora y armónica, sino por vía de reinterpretación, en que el análisis lingüístico adquiere una relevancia especial. Examinamos ahora cómo aplica Olivecrona su peculiar visión superadora en diversos campos.

1. Por lo que se refiere al *Derecho romano*, se dirige hacia ciertas teorías elaboradas por los romanistas. Así, por ejemplo, en cuanto a la adquisición de la propiedad, nota Olivecrona que, generalmente, se ha pensado que el elemento subjetivo, el *animus*, significa una voluntad de poseer. Sin embargo, no ha habido acuerdo acerca de la naturaleza de dicha voluntad. Mientras que Savigny la interpretaba como la voluntad de poseer la cosa como propietario, Ihering la entendía simplemente como la voluntad de tener la cosa. De lo que no se ha dudado nunca—observa—es de que el *animus* sea

³⁴ LF/II, pp. 5-6. Nos ocupamos de ello en el siguiente capítulo.

en sí mismo una voluntad. Olivecrona rebate esto, y sostiene que se basa en la errónea suposición de que el lenguaje refleja necesariamente un fenómeno natural. Eliminada esta preconcepción, y sin necesidad de forzar el lenguaje, llega a la conclusión de que la *possessio animo* es exactamente eso, una posesión que se efectúa con el alma. Siguiendo a Hägerström sostiene que esta manera de ver las cosas tiene un origen animista³⁵.

2. En su estudio sobre las personas jurídicas, Olivecrona reduce la inmensa bibliografía existente sobre el particular a dos corrientes principales: la que interpreta la persona jurídica como una persona ficticia y la postura contraria, que imputa directamente a los miembros de la persona jurídica los derechos y deberes. Ambas son incompatibles entre sí y erróneas. A su juicio, los juristas romanos expresan otra idea que no ha sido tenido en cuenta. La clave para entender correctamente su naturaleza pasa por la doctrina de los *corpora*³⁶.

3. Por lo que se refiere al *Derecho histórico*, ciertas fuentes medievales suecas revelan la existencia de una ceremonia especial para la provisión de rey. Esto ha sido muy estudiado por los historiadores, pero no se ha dado con la respuesta correcta acerca de su naturaleza. En dichas fuentes se habla de «tomar rey» (*taga konung*) o de «juzgar para rey» (*döma till konung*). Las investigaciones históricas llevadas a cabo parten de una comprensión del mencionado juicio en un sentido moderno, actual, como un juicio de carácter lógico. Acerca de su naturaleza hay dos teorías. Una sostiene que mediante el juicio se legitimaba y declaraba jurídicamente válida la elección real. Y otra afirma que mediante el juicio se verificaban los derechos de sangre del rey.

³⁵ *The Acquisition of Possession in Roman Law*, op. cit., pp. 6 ss.; o bien, *Three Essays in Roman Law*, op. cit., pp. 55 ss.

³⁶ *Three Essays in Roman Law*, op. cit., pp. 5 ss. Se trata de ella en el ep. V de este mismo capítulo.

Pues bien, Olivecrona considera que ninguna de estas dos interpretaciones es la correcta. En ambos casos, las palabras antiguas son malinterpretadas cuando se piensa que «juzgar» tiene hoy el mismo significado que entonces. La conclusión, como veremos es que la ceremonia tiene un carácter mágico, y la virtualidad de hacer o convertir a alguien en rey³⁷.

4. Por lo que se refiere a sus estudios sobre la *unidad monetaria*, observa en ellos el profesor de Lund que el dinero es definido habitualmente con arreglo a sus funciones, de las que dos son principales. El dinero, en primer lugar, proporciona una unidad de cómputo en dinero que sirve tanto para la determinación de los precios, como para la especificación de las deudas. Y, en segundo lugar, el dinero funciona como medio de pago; por tanto, como algo con lo que las deudas pueden ser saldadas³⁸.

Sin embargo, Olivecrona estima que en estas definiciones se da una *petitio principii*, ya que el concepto de dinero está presupuesto en ambas, pues es así que el valor se mide en dinero y las deudas se expresan en dinero. El círculo, a su juicio, es claro. Lo que funciona como dinero es dinero³⁹. La causa de este dilema está en que se piensa que la unidad monetaria es una palabra que es empleada como si significase un objeto. Esto es un error. No hay tal objeto. La unidad monetaria no es más que una palabra vacía que tiene una indudable utilidad práctica⁴⁰. Como veremos, su interpretación de la naturaleza del derecho subjetivo será muy parecida⁴¹.

³⁷ *Das Werden eines Königs nach altschwedischem Recht*, op. cit., passim.

³⁸ *Ideologie und Realität des Geldes*, op. cit., pp. 8-9.

³⁹ *Ibid.*, pp. 9-10. Un tratamiento más detenido sobre esta circularidad se encuentra en *The Problem of the Monetary Unit*, op. cit., pp. 9-21.

⁴⁰ *Ibid.*, pp. 33 ss.

⁴¹ *Vid.* cap. V, ep. II de este mismo trabajo.

IV. ANÁLISIS DEL LENGUAJE, HISTORIA DEL DERECHO Y
PSICOLOGÍA JURÍDICA

Determinados el método—empírico—y el objeto de investigación—el Derecho de una moderna sociedad occidental—, corresponde examinar los instrumentos de que Olivecrona se va a valer para aquélla.

Algo se dijo ya sobre la importancia del análisis lingüístico⁴². Téngase en cuenta que, si bien la naturaleza de los conceptos jurídicos no es clara, de lo que no se puede dudar es de su expresión lingüística. El deber, ante todo, es una palabra. Las palabras, tal y como se dan en el lenguaje de los juristas serán, pues, el punto de partida de la investigación. La primera misión es el *análisis lingüístico*.

Pero las palabras no son lo único que puede ser observado. Asociadas con ellas, podemos observar cierta regularidad en las acciones de los ciudadanos. De tal manera que pareciera que existe un nexo causal entre determinadas expresiones jurídicas y determinadas actitudes. Convendrá, por tanto, aclarar la naturaleza de esta relación. Las posibilidades son dos.

a) O bien las palabras producen efectos invisibles (mágicos).

b) O bien la gente está acostumbrada (condicionada) a responder de determinada manera ante determinados estímulos.

Lo primero no lo sostiene nadie seriamente. Sin embargo, como vimos, no es un contrasentido pensar que cierto aparato

⁴² Vid. cap. I, ep. IV.1 y ep. II de este capítulo.

formal, de origen arcaico, haya podido permanecer en el tiempo, aunque vaciado de su significado primigenio, dependiente de creencias en la magia⁴³. Para rastrear en el posible origen mágico del lenguaje jurídico es especialmente apto el *análisis histórico*.

Pero este análisis no basta. Si el lenguaje jurídico es eficaz no puede serlo por causas mágicas. Desde un punto de vista empírico, sólo puede tratarse de un proceso causal de orden psicológico. Por tanto, se requiere además un *análisis psicológico*.

Las tres clases de investigación desempeñan un papel fundamental en el pensamiento de Olivecrona, de tal manera que es posible hallar numerosos análisis que han sido realizados bajo la perspectiva de alguna de estas disciplinas. El caso más señalado es el del lenguaje jurídico. Debido a la especial atención que Olivecrona le presta le dedicamos un capítulo propio⁴⁴. Aquí realizaremos un somero examen de las otras dos disciplinas tal y como aparecen en la obra del profesor de Lund.

Desde un punto de vista psicológico, conceptos como los de «deber», «fuerza obligatoria del Derecho», etc. aparecen como expresiones lingüísticas que, asociadas a la representación de cierta acción u omisión, producen en el receptor una respuesta de orden psico-motriz. Éste, mediante cierto resorte psíquico, es urgido a acomodar su conducta al modelo figurado. La conse-

⁴³ En relación con Ross, *vid.* cap. I, ep. IV.1 del presente trabajo.

⁴⁴ *Vid.* cap. IV.

cuencia no es otra—como Hägerström había anticipado⁴⁵—que «en lugar de derechos y deberes tenemos solamente ideas de derechos y deberes; en lugar de la fuerza obligatoria del Derecho, opiniones sobre las razones por las que el Derecho es obligatorio»⁴⁶.

Esto es todo lo que, desde un punto de vista psíquico-causal, es posible averiguar sobre el Derecho. Por ello, Olivecrona no tiene más remedio que pasar a una *perspectiva finalista* para terminar de explicar el fenómeno jurídico. Afirma que las nociones jurídicas sirven para dirigir la conducta, con lo que, el Derecho deja de ser únicamente un factor determinante, y pasa a la categoría de instrumento o técnica⁴⁷. Tendremos ocasión de comprobar la importancia del análisis psicológico a lo largo de la exposición de su teoría del Derecho⁴⁸.

⁴⁵ Olivecrona reconoce el origen hägerströmiano de su tesis: «The Legal Theories...», *op. cit.*, p. 134.

⁴⁶ «Law as fact», *op. cit.*, p. 554. En el mismo sentido, *vid. LF/I*, p. 17, 21, 90, 94-95; *GS*, pp. 99-100; *LF/II*, pp. 146, 162, 184, 187, 191; «Law as fact», *op. cit.*, p. 546. En un momento llega a definir el Derecho de un país como «una masa inmensa de ideas en relación con la conducta humana, acumuladas durante siglos a través de las contribuciones de innumerables colaboradores»: *LF/I*, p. 48. Sostiene incluso que la diferencia entre Derecho y moral no es objetiva, sino basada en sentimientos (*ibid.*, p. 49).

⁴⁷ *LF/I*, pp. 21, 98, 104; *GS*, p. 109.

⁴⁸ Su acción se nota particularmente en los siguientes lugares: *LF/I*, pp. 33, 43, 163-164, 177, 103, 205, 219; *GS*, pp. 22-23, 160, 41, 43, 48; *LF/II*, pp. 211, 216, 222-223, 270; «The Imperative Element in the Law», *op. cit.*, pp. 796, 802; «Legal Language and Reality», *op. cit.*, pp. 154, 165. Y en conexión con el análisis lingüístico, en: «Legal Language and Reality», *op. cit.*, p.

Por último, la otra disciplina auxiliar es la *historia*. En este campo destacan sus estudios sobre Derecho romano. Éstos le permiten apreciar en toda su plenitud un aparato jurídico formal operante en una sociedad donde las creencias en la magia eran parte importante de la vida ordinaria. La relevancia de estos estudios se deja notar especialmente si tenemos en cuenta que entonces no existía un Estado soberano, con poder irresistible, que pudiera condicionar, con su fuerza, la psique del ciudadano.

El Derecho romano ayuda a comprender nuestros modernos conceptos jurídicos, que no han sido creados *ex novo*, sino que—afirma el profesor sueco—los hemos recibido a través de una lenta evolución. En ellos, junto a elementos nuevos, encontramos estratos de épocas más antiguas⁴⁹.

Hägerström, autor que tiene una extensa obra dedicada al concepto romano de obligación, es también el maestro de Olivecrona en esta materia. Para el profesor de Uppsala, la Teoría del Derecho, hasta la fecha, ha sido incapaz de desarrollar una doctrina coherente acerca de las nociones de derechos y deberes, a pesar de los numerosos intentos de hacerlos compatibles con la realidad que muestra la experiencia. Esto es debido—sostiene—a que estos conceptos hunden sus raíces en ideas tradicionales de fuerzas y vínculos de carácter místico⁵⁰. Por ello, resulta de

178; *LF/I*, pp. 20, 31, 45-46; *GS*, p. 129; «The Will of the Sovereign...», *op. cit.*, p. 810; «The Legal Thinking...», *op. cit.*, p. 144; «Law as fact», *op. cit.*, p. 548.

⁴⁹ *LF/I*, p. 112.

⁵⁰ HÄGERSTRÖM, A., «General View (Introductory chapter to the work: *Der römische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen römischen*

gran interés estudiar estos conceptos en el Derecho romano. No cabe duda—añade—de que la influencia del sistema jurídico romano ha sido la más determinante en la moderna ciencia jurídica. Escribe Hägerström: «[Los conceptos jurídicos] hunden sus raíces en las ideas tradicionales de fuerzas místicas y vínculos.—Pero si esto es así, tiene que ser del máximo interés investigar la naturaleza de estas ideas en el sistema de Derecho o en la ciencia jurídica que puede ser considerada más fundamental que cualquier otro sistema de la moderna ciencia jurídica; a saber, el Derecho romano»⁵¹. Ello permite liberarnos—considera—de la confusión que se produce cuando la moderna ciencia jurídica intenta reducir a simples hechos nociones que tienen un origen místico⁵².

Otros sistemas jurídicos antiguos son objeto de interés por parte de Olivecrona. Según él, en el Derecho histórico, la magia era un elemento presente de manera viva y destacada. Transacciones como la *mancipatio* o la *stipulatio* son ceremonias que tienen naturaleza mágica, pues están destinadas a crear o transferir poderes sobrenaturales. Con el tiempo, la importancia de las formas ha ido decreciendo y la concepción mágica del Derecho se ha ido oscureciendo y volviéndose opaca.

Pero hoy también, en cierto modo, la magia sigue estando presente en el Derecho. Señaladamente, cuando mediante un

Rechtsanschauung, I [1927]»), en *Inquiries into the Nature of Law and Morals*, *op. cit.*, p. 6.

⁵¹ *Ibid.*, p. 16.

⁵² *Ibidem*.

acto jurídico creamos derechos y obligaciones. No obstante, el nivel de presencia de la magia en el Derecho varía. Podemos detectarlo con cierta claridad, por ejemplo, en la coronación del rey inglés, pero es difícil de apreciar en una compensación recíproca de deudas entre bancos. Entre ambos extremos, hay multitud de matices⁵³.

El elemento mágico sirve para comprender nuestros propios conceptos jurídicos, tal y como todavía los usamos hoy. Pero también sirve para comprender los mismos conceptos jurídicos tal y como eran entendidos en otros tiempos, sin malinterpretarlos. Muchas veces ocurre—afirma el profesor escandinavo—que proyectamos sobre los conceptos antiguos un modo moderno—vigente hoy pero no entonces—de interpretarlos. Y no reparamos en que, si bien es cierto que la forma puede permanecer invariable, no tiene por qué suceder lo mismo con la interpretación. Así, en muchas ocasiones, tratamos de interpretar el Derecho histórico sin tener en cuenta la vinculación que éste tenía con lo mágico. Aplicamos una concepción previa, la nuestra, no discutida—pero sí discutible—a unos textos que no son nuestros, que responden conceptualmente a mentalidades diversas. Podemos citar algunos ejemplos.

1. Así, el caso de los *efectos jurídicos*. Las interpretaciones convencionales de este concepto dan por supuesto—afirma Olivecrona—que «tiene el mismo contenido en el Derecho antiguo y en el moderno». Pero esto es «incurrir en una consideración ahistórica»⁵⁴. Nada obliga a pensar que hoy ve-

⁵³ *LF/I*, pp. 112 ss.

⁵⁴ *Zur Frage der magische Charakter...*, *op. cit.*, p. 11.

mos lo jurídico de la misma manera que lo veían los antiguos. La única manera de penetrar en la mentalidad de los romanos consiste, pues, en realizar un análisis desprejuiciado de las expresiones que ellos utilizaban, sin abandonar el contexto en que eran proferidas. La necesidad de hacer esto es más clara en los casos en que, como los efectos jurídicos, estamos ante palabras cuya correspondencia con cualquier realidad es dudosa y más bien parecen de naturaleza metafísica⁵⁵.

2. Lo mismo sucede en relación con los sujetos colectivos, en el Derecho romano. Vimos cómo Olivecrona distinguía entre dos corrientes principales: la que los consideraba como una persona ficticia independiente de sus miembros y la que imputaba los derechos y deberes a sus miembros⁵⁶. Pues bien, para el profesor sueco, ninguna de ellas es válida, pues ambas adolecen del mismo defecto, que es una «causa general de error al tratar con ideas jurídicas de tiempos remotos, a saber, la tendencia a interpretar las fuentes, más o menos conscientemente, a la luz de conceptos e ideas que parecen naturales al autor [de la interpretación] y sus contemporáneos»⁵⁷.

Para superar esta dificultad es fundamental—a juicio de Olivecrona—partir de la idea de *universitas*. A través de la cita de ciertas autoridades (Ulpiano y otros), Olivecrona trata de mostrar que lo que le es debido a una *universitas* le es debido a la *propia universitas*, no a sus miembros⁵⁸. Y considera que para entender adecuadamente esto es preciso estar a la teoría general de los *corpora*. Los juristas romanos—afirma Olivecrona—, veían en ciertos objetos un espíritu o poder de cohesión interno que los convertía en

⁵⁵ *Ibid.*, p. 12.

⁵⁶ *Vid. ep. III* de este mismo capítulo.

⁵⁷ *Three Essays in Roman Law, op. cit.*, p. 7.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 5.

corpora. Es el caso, por ejemplo, de un rebaño. Al distinguir sus partes componentes—unas cuantas ovejas—, y tratarlas como una cosas separadas, uno se apartaba del modo natural de ver las cosas. Ello era debido a que tal objeto poseía el carácter de *corpus* y, por tanto, cierto espíritu⁵⁹.

Dentro de los *corpora*, los romanos distinguían unos llamados *corpora ex distantibus*, que estaban constituidos por partes físicamente independientes entre sí, pero unidas por medio de un vínculo ideal o conceptual y que tenían nombre propio (la *grex*, la *hereditas*, etc.). Sobre este tipo de *corpora*—comenta Olivecrona—se decía que tenían la naturaleza de entidades ficticias existentes sólo en la imaginación, y que sólo por conveniencia eran consideradas como entidades unitarias⁶⁰. Pero esto—afirma—es un error. El tipo *corpora ex distantibus*—explica—trae causa de una naturaleza objetiva, tal y como era considerada por los juristas romanos. Para ellos, era científicamente correcta, y por ello era utilizada a la hora de interpretar la ley. Tanto la *grex* como la *hereditas* eran tenidas como entidades realmente existentes, al igual que las cosas físicamente unitarias, como la *navis* o el *aedes*⁶¹. Por ello, el animal con que se realizaba el acto de vindicación no representaba al resto de los animales del rebaño, sino que representaba a toda la cosa. Y como es sabido—añade—, el principio *pars pro toto* es usado con frecuencia en la magia. En consecuencia, los juristas seguían este principio con el fin de facilitar la realización de los ritos mágicos del Derecho antiguo⁶².

3. Otra aplicación de esta tesis acerca de la naturaleza de las personas jurídicas es desarrollada en un ensayo, recogido en la misma obra, en relación

⁵⁹ *Ibid.*, p. 18.

⁶⁰ *Ibid.*, pp. 21 ss.

⁶¹ *Ibid.*, p. 29.

⁶² *Ibid.*, pp. 30-31.

con el *furtum*⁶³. Se plantea, en correspondencia con lo anteriormente dicho, la cuestión de qué ha de considerarse hurtado en el caso de que lo sustraído haya sido parte de un todo. Para responder a esta cuestión, Olivecrona parte también aquí de la teoría general de los *corpora*, que acabamos de exponer sumariamente.

4. Por lo que se refiere al Derecho antiguo sueco, Olivecrona propone una nueva interpretación para la figura tradicional de la conversión en rey⁶⁴ en un ensayo donde aborda las dificultades surgidas como consecuencia de la interpretación de la investidura real como una elección⁶⁵. Ello implica, en su opinión, una discontinuidad entre el lenguaje empleado en las fuentes y las explicaciones ensayadas.

Sólo hay un modo de salvar esta discontinuidad, que consiste en evitar la introducción subrepticia de nociones modernas en la explicación de dicha ceremonia, tal y como se recoge en aquellas fuentes⁶⁶. En ellas no se habla de

⁶³ El ensayo se titula «D. 47, 2, 21. Some questions concerning *furtum*», y se recoge en los ya citados *Three Essays*, pp. 43 ss.

⁶⁴ Tal vez sea ésta la manera más adecuada de traducir el sintagma «Das Werden eines Königs». Con ello, se evita el extraño circunloquio «el venir a ser rey», que sería la traducción más clara. También podría expresarse mediante el neologismo «devenimiento» formado a partir del verbo «devenir» (llegar a ser), por analogía con el sustantivo «advenimiento», pues que ambas poseen la misma raíz latina «venire» (venir). No obstante, esta posibilidad resulta un tanto alambicada.

⁶⁵ *Das Werden eines Königs nach altschwedischem Recht. Der Königsritus als magischer Akt*, op. cit. Un resumen puede verse en «Election and Creation», op. cit.

⁶⁶ «Election and Creation», p. 386.

una elección, sino que se configura un rito de carácter mágico⁶⁷. Por analogía con lo que sucedía en países del entorno, Olivecrona propone la interpretación de la naturaleza mágica de estas solemnidades, la cuales tienen la virtualidad de *hacer* a alguien rey⁶⁸.

5. Los casos en que se hacen cosas con palabras—observa el profesor de Lund—abundan. Análogamente a lo que sucede con la ceremonia indicada arriba, el acto jurídico de la *mancipatio*, por ejemplo, en Derecho romano, sirve para *hacer* el esclavo propiedad del comprador, como ya había anticipado Hägerström⁶⁹.

6. También la adquisición de la posesión, que en Derecho romano había de ser *corpore et animo*, es interpretada por el profesor de Lund en el sentido propio de los términos «corpore et animo», cuerpo y alma, sin necesidad de «retorcer» el lenguaje para explicarlos, como hace la doctrina. El hecho de que la posesión pudiera ser ejercida, en algún caso, *solo animo* muestra que los romanos tenían la idea de que la cosa era controlada místicamente por el alma, lo cual se explica, a su vez—escribe Olivecrona—, por la idea animista según la cual la cosa también tenía su propio espíritu, que en este caso era dominado por el espíritu de quien adquiría la posesión⁷⁰. No obstante, con

⁶⁷ En él, la persona que previamente había sido elegida recitaba una fórmula, y ciertos signos de poder (cetro, corona) le eran probablemente conferidos. Posteriormente prestaba juramento. *Vid. Das Werden..., passim*.

⁶⁸ *Das Werden eines Königs...*, pp. 11-13, 42 ss.

⁶⁹ *The Acquisition of Possession in Roman Law*, *op. cit.*, p. 3; *LF/II*, pp. 231 ss.

⁷⁰ Esta conclusión es completamente errónea, porque la doctrina romana sobre la *possessio corpore et animo* y la posibilidad de una *possessio animo tantum* no corresponden en absoluto a la época del Derecho romano en que lo mágico y lo místico se entremezclaban con lo jurídico, sino que son una ela-

carácter general, la cosa, en su materialidad, debía ser asimismo adquirida por el cuerpo. Y esto significa exactamente que, salvo excepciones, tenía que haber un contacto físico. El origen de esta exigencia—explica—está en la creencia de que dicho contacto alteraba mágicamente la situación jurídica de la cosa⁷¹.

boración de la jurisprudencia evolucionada, concretamente por Paulo, en el s. III d. C., dirigida a resolver un problema práctico singular. Dicho problema se originó por la aparición de los invasores pacíficos en el imperio, que daba lugar a la eventual ocupación de fincas rústicas o *villae* pertenecientes a ciudadanos que no habían ejercitado actos posesorios sobre ellas durante largo tiempo, por residir en un lugar lejano. Tal absentismo permitía entender que dichas propiedades eran *res derelictae* y, por tanto, cualquiera podría tomar posesión de ellas y acabar adquiriendo la propiedad por *usucapio* o por prescripción. Para evitarlo, se entendió que mientras el propietario no manifestase intención explícita de abandonar la posesión, ejercía ésta *animo tantum*. Como se ve, se trató de una ficción destinada a resolver un conflicto en beneficio de una de las partes, en absoluto relacionado con orígenes mágicos ni nada por el estilo. Al respecto, *cfr.* FERNÁNDEZ BARREIRO, A. Y PARICIO, J., *Fundamentos de Derecho privado romano*, 2.^a ed., Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1993, pp. 208-210, y CANNATA, C. A., «L'animo possidere nel diritto romano classico», en *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 26 (1960), pp. 71 ss., y del mismo autor, «Dalla nozione di "animo possidere" all' "animus possidendi" come elemento del possesso», en *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 27 (1961), pp. 46 ss.,

⁷¹ *The Acquisition of Possession...*, pp. 6-15. Existen más trabajos en este mismo sentido. Así, en el artículo titulado «*Animus possidendi* und *Berührung beim Besitzerwerb*», *op. cit.*, de 1942, Olivecrona da cuenta de las interesantes observaciones que, a título privado y por escrito, le hizo Hägerström acerca del artículo citado sobre la adquisición de la propiedad. Está, además, el artículo que lleva por título «"Corpus" and "collegium" in D. 3. 4. 1», *op. cit.*, de 1954, en el que se discute acerca del significado que en el mencionado

7. Finalmente, en la segunda edición de *Law as fact*, es posible advertir la íntima conexión con la que Olivecrona vincula el lenguaje y la magia tal y como ésta se presenta a lo largo de la historia en distintos momentos y lugares. Así tenemos que los epígrafes dedicados por él al estudio del lenguaje y las expresiones *realizativas* contienen varios ejemplos históricos que muestran cómo por medio de palabras producimos ciertos efectos mágicos que, en realidad, no son tales, pero que infunden ciertas ideas en la mente, que al estar asociadas a cierta emoción, nos mueven a obrar en un determinado sentido (efectos perlocucionarios, en la terminología de Austin). Así, en las XII Tablas es posible encontrar enunciados como «*Si pater filium ter venum duuit, filius a patre liber esto*», que se refiere al supuesto de que un padre haya vendido los servicios del hijo tres veces, en cuyo caso, éste queda libre. Estamos ante un imperativo (*esto*), pero ante un imperativo que no está dirigido a nadie, sino que únicamente tiene por finalidad una modificación en el estado del hijo⁷². Los ejemplos abundan⁷³.

pasaje del Digesto, y en relación con ciertas interpolaciones introducidas en él, tiene la palabra "*corpus*".

⁷² *LF/II*, pp. 219-220.

⁷³ *Ibid.*, pp. 220-227, 240. Es posible hallar más referencias a la cuestión histórica en: *The Problem of the Monetary Unit*, *op. cit.*, pp. 44, 82 ss., 132 ss.; «The Legal Theories of Axel Hägerström and Vilhelm Lundstedt», *op. cit.*, pp. 132-134; «Das moralische Problem der Strafgesetzgebung», *op. cit.*, p. 397; «Legal Language and Reality», *op. cit.*, pp. 165-166; «*Animus possidendi* und Berührung beim Besitzerwerb», *op. cit.*, pp. 462-463; «Zur Frage des magischen charakters der älteren Rechtsvorstellungen», *op. cit.*; *GS*, pp. 111-115; *LF/I*, pp. 53 y 94; *LF/II*, pp. 102, 211 y 270.

V. IUSNATURALISMO, IDEOLOGÍA Y METAFÍSICA

Lo dicho hasta ahora nos ha mostrado cómo debe elaborarse la ciencia del Derecho. Lo que vamos a ver ahora es cómo no debe ser. Iusnaturalismo, ideología y metafísica son términos que topamos en la vertiente crítica de la epistemología jurídica olivecroniana. Veamos qué significan para él. Comenzamos con la metafísica.

«La cuestión—dice Olivecrona—es qué ha de entenderse por metafísica»⁷⁴. Él no responde a esta pregunta, que queda como una interrogación retórica, pero recoge la definición comtiana de positivismo (filosófico), en la cual se destaca su carácter antimetafísico. Si, pues, el positivismo filosófico tiene como finalidad principal acabar con la metafísica, examinando qué sea positivismo, podremos, *a contrario*, deducir en parte qué sea ésta. Si como dice Olivecrona, el positivismo rechaza toda valoración⁷⁵, la metafísica será, por ende, algo *valorativo*. Ésta es la primera nota con que podemos caracterizarla.

Otra manera de aproximarnos a lo que Olivecrona entiende por metafísica consiste en localizar aquellos lugares donde en su obra hay referencias a esta disciplina. Siguiendo este método, la primera nota que podemos encontrar es la de *misticismo*. Se podría incluso afirmar que en muchas ocasiones emplea ambos términos como equivalentes. Así, cuando trata sobre cómo debe explicarse el Derecho, vincula el realismo con el método cientí-

⁷⁴«Jherings Rechtspositivismus im Lichte der heutigen Wissenschaft», *op. cit.*, p. 172.

⁷⁵*Ibidem.*

fico, mientras que la metafísica queda asociada al misticismo, ya que conduce a absurdos y contradicciones⁷⁶. Esta vinculación se manifiesta también en la extendida idea de un Estado que dicta órdenes o declara su voluntad a través de las reglas de Derecho⁷⁷. No obstante, tal vinculación no constituye novedad, pues ya la había puesto de manifiesto, como reconoce Olivecrona, su maestro Hägerström⁷⁸.

Lo metafísico se asocia en otros lugares con lo *sobrenatural*. La concepción metafísica del poder es, en este caso, una concepción «que incluye un poder sobrenatural, el poder de obligar en el sentido de imponer deberes»⁷⁹. Según el modo metafísico de entender lo jurídico, el Derecho es una esfera suprasensible, algo que se eleva por encima del mundo físico, y que ve en él algo más que mera fuerza: la administración de justicia o la determinación de los derechos y deberes⁸⁰. Las normas jurídicas, en sentido metafísico, también poseen un contenido sobrenatural⁸¹, aunque Olivecrona no aclara muy bien en qué sentido. Por último, en materia política se dice que una conside-

⁷⁶ *LF/I*, p. 17.

⁷⁷ *LF/I*, p. 47.

⁷⁸ «The Legal Thinking of Axel Hägerström and Vilhelm Lundstedt», *op. cit.*, pp. 130-131.

⁷⁹ *Ibid.*, pp. 126-127; Asimismo, en *GS*, p. 123.

⁸⁰ *LF/I*, p. 127. Cfr. Ross, A., *Hacia una ciencia realista del Derecho...*, *op. cit.*, p. 12. Asimismo, *vid. cap. I*, ep. IV.1.

⁸¹ *GS*, p. 47.

ración metafísica del Estado tiene a éste como entidad sobrehumana⁸².

En resumen, metafísica es toda consideración en términos de fuerza obligatoria y de justicia, de derechos y deberes, de mandatos o de declaraciones de voluntad y una consideración de la fuerza como garantía del Derecho⁸³; todo lo que se opone a una consideración del Derecho como hecho, más allá del dato de experiencia⁸⁴. En definitiva, todo aquello que se opone a una manera empírica de ver el Derecho⁸⁵.

Por todo ello, esta disciplina parece lo más opuesto a la ciencia. «Volver a la posición metafísica está fuera de toda

⁸² *LF/I*, pp. 181-182.

⁸³ En apoyo de lo dicho añadimos alguna cita más donde se habla de metafísica: en relación con la fuerza obligatoria y la justicia, *LF/I*, pp. 136, 169 y 170; *GS*, p. 133; en cuanto a los derechos y deberes, *LF/I*, p. 197; *GS*, p. 209; *LF/II*, p. 177; «The Legal Thinking...», *op. cit.*, pp. 135-142. Por lo que se refiere a los mandatos y declaraciones de voluntad, *LF/II*, pp. 21 y 154; «Law as fact», *op. cit.*, p. 546; y en lo relativo a la fuerza, *GS*, pp. 124, 126, 209, 218.

⁸⁴ *LF/I*, pp. 27, 197; *LF/II*, p. 172; «Jherings Rechtspositivismus...», *op. cit.*, p. 172.

⁸⁵ Nos permitimos añadir algún calificativo más que Olivecrona dedica a la metafísica: «palabrería», «juego de palabras», «jungla», «perífrasis», etc. Al respecto, *LF/I*, pp. 94, 181; *GS*, pp. 37, 57-58, 191; *Der Imperativ des Gesetzes*, *op. cit.*, p. 43; «The Legal Theories...», *op. cit.*, p. 127; «Legal Thinking Revised», *op. cit.*, pp. 156, 165.

cuestión. Equivaldría a una declaración de bancarrota de la ciencia jurídica»⁸⁶.

El concepto y el término *ideología*, por otra parte, aparece íntimamente conectado con el de metafísica bajo sus tres aspectos. En primer lugar, por su etimología. Ideología hace referencia a idea, y las nociones metafísicas son sólo eso, ideas sin correspondencia con entidades reales. En segundo lugar, porque dicho término aparece vinculado a contextos similares en que se enmarca el término metafísica. Así, por ejemplo, es ideología considerar la fuerza como garante del Derecho, y es ideología creer en la viabilidad de una Sociedad de naciones⁸⁷. Del mismo modo, nociones—metafísicas como vimos—como derecho subjetivo, deber, voluntad del pueblo y otras ideas corrientes sobre el Derecho son también consideradas por Olivecrona como una superestructura ideológica sobre la realidad objetiva⁸⁸.

Por último, Olivecrona establece una conexión directa entre metafísica e ideología. Según él, existe un sentimiento de sujeción producido por la creencia de que las normas jurídicas verdaderamente engendran relaciones jurídicas, como la que une el crimen y la pena, que nada tiene que ver con una relación de tipo causal. El hecho de sentirnos obligados hace que creamos en relaciones de carácter metafísico. No hay deber objetivo, sólo

⁸⁶ Cfr. «Legal Language and Reality», *op. cit.*, p. 168. Asimismo, *vid.* «Law as fact», *op. cit.*, pp. 554-555.

⁸⁷ *LF/I*, p. 199; *GS*, pp. 211, 223.

⁸⁸ *LF/I*, p. 117; *LF/II*, pp. 4, 104; «Law as fact», *op. cit.*, p. 549.

ideas de deber, expresadas por ciertas proposiciones y asociadas a ciertas emociones. A esto se le puede llamar ideología jurídica.

Consecuencia de ello es que las dos corrientes principales de la filosofía del Derecho, iusnaturalismo y iuspositivismo, acusan un componente metafísico, mayor en el primer caso. Para Olivecrona, el iusnaturalismo es una teoría que deduce de las inclinaciones sociales del hombre prescripciones deónticas; que ve el Derecho positivo como emanado de la voluntad (divina o humana) y que atribuye fuerza obligatoria al Derecho, la cual se fundamenta en el contrato social, única manera concebible para limitar entre los seres humanos la libertad original de un hombre en favor de otro, contrato cuya fuerza obligatoria, a su vez, sólo puede basarse en el Derecho natural, y éste en Dios⁸⁹.

El positivismo jurídico tampoco está exento de una metafísica. Es verdad que reaccionó en contra de la doctrina de Derecho natural, pero no pudo liberarse por completo de ella. Su aproximación voluntarista al Derecho tiene, de hecho, aquel origen y también la confusión del carácter positivo de la ley con su carácter de debida⁹⁰.

⁸⁹ *LF/II*, pp. 9-25; *GS*, p. 13.

⁹⁰ Lo que, a su juicio, explica el renacer del iusnaturalismo tras la II Guerra Mundial («The Present Status of Legal Philosophy in Sweden», en *Actorum academiae universalis iurisprudentiae comparativae. Mémoires de l'academie internationale de droit comparé*, III, Roma, Istituto Italiano di Studi Legislativi, 1953, p. 287; *LF/II*, pp. 25 ss.)

VI. OBSERVACIONES CRÍTICAS

Antes de terminar el capítulo, es preciso efectuar algunos comentarios. En primer lugar, volveremos sobre la pretensión del profesor escandinavo de evitar toda circularidad en la definición de Derecho. A continuación consideraremos hasta qué punto justifica Olivecrona su método, o si se puede decir, como ya se ha afirmado, que carece de metodología⁹¹.

Otro punto que hay que considerar es el lugar en que queda la distinción entre punto de vista interno y externo, adoptada también por Olivecrona, y si es compatible con un enfoque empirista. Por último se analiza la coherencia de su teoría del Derecho. Para ello distinguimos entre una coherencia que se podría llamar diacrónica, que considera sus trabajos a lo largo del tiempo, y una coherencia que podría denominarse sincrónica, o mejor material, que atiende a la relación que hay entre las bases epistemológicas asumidas por Olivecrona y las conclusiones a las que efectivamente llega.

1. Algunos prejuicios persistentes

Como acabamos de ver, es fundamental para Olivecrona evitar toda preconcepción acerca del Derecho. Esto es una preocupación constante que se constata en sucesivos lugares a lo largo de su obra. Veamos algunos ejemplos.

1. Cuando se ocupa de la *teoría del derecho subjetivo*, Olivecrona se encuentra ante ciertos «hábitos de pensamiento», transmitidos desde los pri-

⁹¹ JORI, M., «Karl Olivecrona e il problema della scienza», en *RTDPC*, 1976, pp. 732 ss.

meros tiempos, de generación en generación, y fuertemente arraigados, que han impedido una correcta inteligencia de esta categoría jurídica⁹². La idea de derecho subjetivo, como tal—dice el profesor de Lund—nunca es criticada. Se disputa sobre derechos, pero nunca se pone en cuestión el mismo concepto de derecho subjetivo⁹³. No nos paramos a pensar, pues, *con qué* estamos hablando, sino que intentamos descifrar *de qué* estamos hablando.

2. También en lo que se refiere a las *relaciones entre Derecho y moral* procura Olivecrona desenmascarar viejos tópicos: «si no estamos enceguecidos por el prejuicio o atenazados por hábitos de pensamiento, es imposible dejar de advertir la conexión que debe de existir entre nuestras ideas morales sobre el asesinato, el robo, etc. y el hecho de que, durante largo tiempo, han sido infligidas sanciones como consecuencia de dichos actos»⁹⁴.

3. Un prejuicio más es el que tiene que ver con las *relaciones entre Derecho y fuerza*. Según el profesor de Lund, existe un punto de partida ideológico al considerar que la fuerza garantiza al Derecho, incluso en el ámbito internacional. Para el jurista escandinavo, el papel de la fuerza es mucho más relevante de lo que se piensa⁹⁵.

4. Otro tipo de prejuicio, como vimos, es pensar que las teorías del Derecho se clasifican según el esquema *iusnaturalismo/iuspositivismo*. Así, «es tácitamente presumido», dice Olivecrona, que todas las teorías positivistas lo son en el sentido tradicional de que el Derecho es expresión de la voluntad del soberano. Sin embargo, hay teorías no iusnaturalistas, como las de

⁹² *LF/I*, p. 116.

⁹³ *Ibid.*, p. 120. Asimismo, *LF/II*, pp. 135-136. Sobre el concepto de derecho subjetivo, *vid. cap. V* del presente trabajo.

⁹⁴ *LF/I*, p. 157. *Vid. infra* cap. VII, ep. III.2.

⁹⁵ *GS*, p. 211. *Vid. infra* cap. VII, ep. IV.

Hägerström o Petrazycki, que niegan la existencia de un Derecho positivo en el sentido expresado⁹⁶.

5. Es, asimismo, una «preconcepción» pensar que los *imperativos* tienen que prescribir una conducta en un destinatario. Olivecrona, sin embargo, sostiene la existencia de imperativos no dirigidos a nadie, como los que confieren derechos, poderes, privilegios y cualidades jurídicas⁹⁷.

Pero debemos preguntarnos: ¿consigue realmente Olivecrona evitar todo juicio previo?⁹⁸. Es cierto que no parte de una

⁹⁶ *LF/II*, p. 63. *Vid. infra* cap. III, ep. III.

⁹⁷ Por ejemplo, la constitución estadounidense establece en su artículo 1.º lo siguiente: «Todos los poderes legislativos aquí concedidos recaerán en un Congreso de los Estados Unidos, que consistirá en un Senado y una Cámara de Representantes»: ¿a quién se dirige este imperativo? A su vez, en el artículo 2.º, se dice lo siguiente: «El Poder ejecutivo recaerá en un Presidente de los Estados Unidos de América», donde tampoco se ordena un comportamiento. Simplemente, asignan ciertos poderes al Congreso y al Presidente de este país. Los ejemplos, piensa Olivecrona, pueden multiplicarse. Al respecto, *LF/II*, pp. 219-221. *Vid.* cap. IV, ep. V del presente trabajo.

⁹⁸ Recordemos que para algunos autores, esto es del todo punto imposible, porque la precomprensión pertenece a la naturaleza misma de la comprensión. *Cfr.* KAUFMANN, A., «Sobre la argumentación circular en la determinación del Derecho», *op. cit.*, *passim*. *Cfr. supra* ep. III de este mismo capítulo. En línea con Kaufmann, Serna sostiene que «los conceptos de derecho unilaterales son necesariamente falsos, no tanto por lo que afirman cuanto por lo que omiten» (SERNA, P., *Proyecto docente y de investigación*, inédito, La Coruña, 2002, p. 325). Por eso propone con Cotta partir de la «experiencia ordinaria de lo jurídico tomada en su mayor amplitud posible», y se refiere al Derecho como práctica social, que se refleja en los usos lingüísticos, pero no únicamente en ellos (*ibid.*, pp. 325-326).

definición de Derecho. Pero la delimitación que hace del fenómeno jurídico no está exenta de cierto apriorismo en la medida en que excluye algunos ámbitos de su examen. Dicho brevemente: no dice *qué es* el Derecho, pero sí dice *qué no es* el Derecho. En este sentido hay que destacar tres cosas.

En primer lugar, Olivecrona, nada más comenzar la segunda edición de *Law as fact*, declara que su interés se centra en la «situación típicamente dominante en una moderna sociedad occidental»⁹⁹. No estamos en condiciones de juzgar la oportunidad de ese estudio, pero sí de calibrar el alcance de sus eventuales conclusiones. Considérese que si eliminamos toda atención teórica al Derecho primitivo, cualquier alusión a él—y en la obra de Olivecrona son numerosas—, se hará sobre la base de un concepto de Derecho que, al haberse forjado al margen suya, es conceptualmente incompatible con él, resultando que el pretendido Derecho primitivo, si es Derecho, lo será como mucho analógicamente. En definitiva, ¿con base en qué noción de Derecho decimos que el Derecho primitivo es o no es Derecho?

El segundo inconveniente surge como consecuencia de la expresa renuncia de Olivecrona a incluir en su objeto de investigación el Derecho internacional¹⁰⁰. Todavía es pronto para al-

⁹⁹ *LF/II*, p. 1. Esta exclusión no era expresa en la primera edición, si bien es verdad que también en ella se ocupa del Derecho de una moderna sociedad occidental.

¹⁰⁰ *LF/II*, p. 1. Esta renuncia constituye una novedad en el pensamiento olivecroniano. Tal vez, la obra *The Concept of Law*, de Hart, que Olivecrona conoce, tenga algo que ver en ello. El filósofo inglés ya había distinguido entre «los sistemas jurídicos de los Estados modernos», cuya naturaleza jurídica

canzar a ver las consecuencias de esta exclusión. Pero téngase en cuenta que la estrecha vinculación esencial que Olivecrona establece entre Derecho y fuerza¹⁰¹ puede quedar afectada por un ámbito normativo, el internacional, donde la fuerza desempeña un papel secundario.

Por último existe una tercera dificultad que opera a modo de auténtico juicio previo. No tiene tanto que ver con el *qué*, cuanto con el *cómo*. En efecto, el tratamiento que el profesor de Lund hace del Derecho es, declaradamente, un tratamiento del Derecho *como hecho*¹⁰². En consecuencia, se pregunta *qué hechos* están detrás del Derecho¹⁰³; porque considera que «ha llegado el momento de comenzar una investigación directa *de los hechos* abarcados por el término Derecho»¹⁰⁴.

nadie discute, y que constituyen el caso central del Derecho; y los Derechos primitivo e internacional, cuya juridicidad es borrosa (hasta el punto de que ha sido negada por muchos), a los cuales llama casos periféricos de Derecho (HART, H. L. A., *The Concept of Law*, *op. cit.*, p. 3). Esta coincidencia hace pensar que Olivecrona realiza esta primera delimitación siguiendo al profesor de Oxford.

¹⁰¹ *Vid.* cap. VII, ep. IV de este mismo trabajo.

¹⁰² Tres trabajos suyos, todos citados, llevan este título.

¹⁰³ Por ejemplo, *vid.* LF/II, p. 84; «Law as fact», *op. cit.*, p. 553. Más en particular, sobre lo que hay de fáctico en las nociones de Derecho y deber jurídicos, v. LF/I, p. 77; LF/II, p. 136; «The Legal Theories of Axel Hägerström and Vilhelm Lundstedt», *op. cit.*, p. 47; «Legal Language and Reality», *op. cit.*, p. 182. Y detrás de las reglas jurídicas, LF/II, pp. 85, 113.

¹⁰⁴ LF/II, p. 84. Cursiva añadida.

¿Qué significa esto? Que más que responder a la cuestión de *qué es realmente el Derecho*, a lo que responde Olivecrona es a la cuestión de *qué es el Derecho realmente*. Siguiendo el juego de palabras, su pregunta no es tanto *qué es el Derecho*, sino más bien *qué cosa es el Derecho*. Lo que equivale a decir que el profesor de Lund, de alguna manera, está anticipando el resultado de su investigación. Así como un estudio marxista del Derecho ve éste como superestructura, un estudio empírico del Derecho muestra éste como hecho.

En resolución, la explicación olivecroniana del Derecho ya cuenta con una explicación anterior: el Derecho es hecho. He aquí, pues, el pre-juicio principal, que por tener carácter metodológico, afecta a toda su investigación. A pesar del intento, Olivecrona no escapa a la inevitable determinación histórica, a la que él también, como seguidor de Hägerström, está sujeto.

Parece difícil negar, en consecuencia, la existencia de sendas valoraciones en las tres decisiones metodológicas indicadas. De lo que, aunque quizá exageradamente, podría sacarse la conclusión de que el realismo sedicentemente avalorativo de Olivecrona descansa él mismo sobre valoraciones. En el último capítulo veremos que, además, las contiene.

2. Insuficiencias metodológicas

En conexión con lo anterior, la siguiente cuestión es ésta: ¿por qué el Derecho como hecho? Aun suponiendo que la teoría del Derecho elaborada por Olivecrona sea exacta y refleje la realidad fáctica del Derecho, ¿significa eso que no hay más aspectos desde los que mirar el Derecho?

No es fácil responder a estas preguntas, ya que Olivecrona no elabora una metateoría del Derecho. Como se ha destacado, recurre muchas veces a expresiones como «ciencia», «realidad», «hecho», etc., que si bien son lo bastante indicativas del camino por el que quiere conducir sus investigaciones, lamentablemente no son demasiado clarificadoras, toda vez que el profesor de Lund no explica qué signifiquen exactamente tales palabras¹⁰⁵.

No obstante—se ha observado—Olivecrona parece aceptar tácitamente los principios cognoscitivos característicos del realismo jurídico escandinavo¹⁰⁶. Esto bastaría si, al igual que en las ciencias naturales, existiese cierto acuerdo metodológico entre los científicos y metodólogos del Derecho. Pero éste no es el caso, lo que no es obstáculo—se dice—para que Olivecrona critique a quienes no han sabido o no han podido depurar su pensamiento de construcciones metafísicas¹⁰⁷. Pareciera que Olivecrona *confía* en las bases asentadas por su maestro Hägerström a la hora de elaborar sus propias ideas.

Algún autor ha tratado de integrar esta laguna metodológica incardinando el pensamiento olivecroniano y de toda la filosofía jurídico-realista nórdica en el marco del neoempirismo¹⁰⁸. Pero este esfuerzo es insuficiente.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 734.

¹⁰⁶ JORI, M., «Karl Olivecrona...», *op. cit.*, pp. 734-735.

¹⁰⁷ *Ibid.*, pp. 735-736.

¹⁰⁸ *Vid.* PATTARO, E., «Il realismo giuridico como alternativa al positivismo giuridico», prefacio a OLIVECRONA, K., *La struttura dell'ordinamento giuridico* (ed. italiana de *Law as fact* [1971]), *op. cit.*, pp. 1-55.

Primero, porque habría que hacer indicación de a qué subdivisión del movimiento neoempirista pertenece o se acerca, si no toda la escuela de Uppsala, al menos Olivecrona. Y, segundo, porque cabe preguntarse qué posición adoptaría el profesor sueco acerca de ciertos problemas relevantes para su teoría, como el relativo a la fundamentación de las ciencias o el que se refiere a la relación entre teoría y datos observables. También habría que aclarar cuál sería su posición en relación con la inducción y las leyes científicas, así como con el principio de verificación o falsación. Por último, sería necesario referirse a su concepción sobre la realidad última y sobre los paradigmas¹⁰⁹.

A su vez, en lo que respecta a las ciencias sociales, se echa en falta un tratamiento de cuestiones como el problema de la «unidad metodológica de las ciencias naturales y sociales como ciencias nomológico-causales», así como de los posibles tipos de ciencias (descriptivas, clasificatorias, explicativas), y otras. Todos ellos son problemas discutidos en el ámbito de la filosofía neoempirista, que de haberlos tratado—se estima—habría que admitir que las nociones adoptadas por Olivecrona como fundamentos de su sistema están lejos de ser pacíficas aun dentro de la filosofía neoempirista. Por tanto—se concluye—la separación establecida por Olivecrona entre hechos, realidad y ciencia, por una parte, y ficciones, metafísica e ideología, por otra, no puede dejar de ser justificada, como si fuera autoevidente¹¹⁰.

¹⁰⁹ JORI, M., «Karl Olivecrona...», p. 737.

¹¹⁰ *Ibid.*, pp. 736-737.

3. Los límites del método empírico

Sostiene Olivecrona haber tenido en cuenta en su teoría el llamado aspecto o punto de vista interno del Derecho. Éste es definido por él, siguiendo a Hart, como «la manera de pensar y hablar que es característica de la persona que se siente miembro de la comunidad en la que vive, aceptando su sistema jurídico, adaptando en general su comportamiento a las ideas comunes de derechos y obligaciones, y juzgando la conducta de otros, quizás con algo más de severidad, de acuerdo con el mismo patrón»¹¹¹.

Se ha dicho que tanto la teoría del imperativo independiente de Olivecrona, como la idea de deber, analizada por Hägerström, son un *exponente previo* del punto de vista relevado por Hart. Según esto, el realismo escandinavo no reduce las normas a meros sentimientos o estados emotivos. Por el contrario, admite la existencia objetiva de normas, las cuales, sin embargo, sólo tienen validez en la medida en que se cree en ellas de modo «compartido y aceptado». Esto mismo puede ser aplicado a Ross, quien considera que son reglas vigentes aquéllas que son observadas porque son sentidas como socialmente vinculantes¹¹².

Sin embargo, no es tan claro que Olivecrona maneje un punto de vista interno, porque la creencia general en una norma jurídica no deja de ser un estado psicológico compartido por cierto número de personas. Además, la discusión racional acerca

¹¹¹ *LF/II*, p. 215.

¹¹² PATTARO, E., *Elementos para una teoría del Derecho*, trad. de I. Ara Piñilla, Madrid, Debate, 1986, pp. 198-199, 231.

de las normas está excluida tajantemente en el realismo escandinavo. Por tanto, resulta difícil no ver en él una aproximación exclusivamente externa al Derecho. «El investigador—escribe Olivecrona—es como un explorador ante la frontera de un nuevo país jamás hollado por pies humanos»¹¹³.

Esta actitud es común a otros miembros de la Escuela. Ha dicho Lundstedt que la suya es «una aproximación al “misterio del Derecho” fundada en hechos históricos, en la crítica lógica de la ideología jurídica y en la experiencia psicológica. Considero que ésta es la única aproximación posible para tratar empíricamente las cuestiones jurídicas»¹¹⁴. Y Ross considera que «como todas las ciencias sociales la ciencia del Derecho tiene que ser, en último análisis, un estudio de fenómenos sociales, la vida de una comunidad humana; y la tarea de la filosofía jurídica debe consistir en la interpretación de la “vigencia” del Derecho en términos de efectividad social, esto es, de una cierta correspondencia entre un contenido normativo ideal y los fenómenos sociales»¹¹⁵.

Refiriéndose precisamente a Ross, ha afirmado Hart que éste sitúa en el lugar equivocado la línea que separa los aspectos interno y externo del Derecho, reduciendo aquél a «una cuestión de “emoción” o “sentimiento”, como una “experiencia” psicoló-

¹¹³ *LF/II*, p. 2.

¹¹⁴ LUNDSTEDT, A. V., *Legal Thinking Revised*, *op. cit.*, p. 6.

¹¹⁵ ROSS, A., *Sobre el Derecho y la justicia*, *op. cit.*, pp. 66-67.

gica especial»¹¹⁶. En el mismo sentido se han pronunciado otros autores, y se ha alegado que el discurso normativo interno permite que los conceptos jurídicos tengan sentido y dejen de ser ilusiones¹¹⁷.

Adviértase que es justamente lo contrario lo que sucede en el análisis lingüístico de los escandinavos¹¹⁸. Para ellos, los conceptos jurídicos no significan nada. «Si un astronauta de un lejano planeta—escribe Olivecrona—fuera a descender algún día en nuestra tierra, no sería capaz de percibir derechos ni obligaciones, poderes jurídicos o propiedades»¹¹⁹. Es bastante significativo, por otro lado, que el realismo escandinavo deje justamente sin explicar los conceptos centrales y más específicos del Derecho. Aquí se muestra bastante limitado como ciencia. Pero, paradójicamente, esta limitación deriva de una extralimitación.

El realismo escandinavo afirma que sólo hay hechos, circunscribe la realidad a lo fáctico, pero trazar los límites de lo real exige trascenderlos, por lo que tal afirmación no es menos metafísica que las que admiten la existencia de otras clases de entidades. A pesar de ello, no se limita a describir tales hechos, sino que ofrece una interpretación de las principales categorías jurídicas en términos emotivo-psicológicos. Pero la interpretación, como tal, no es una actividad que ofrezca resultados cier-

¹¹⁶ HART, H. L. A., «Scandinavian Realism», en *Cambridge Law Journal*, 1959, p. 237.

¹¹⁷ BJARUP, J., *Skandinavisk Realismus*, op. cit., p. 159.

¹¹⁸ Vid. cap. IV, ep. I-III.

¹¹⁹ «Legal Language and Reality», p. 152.

tos e indiscutibles. Por lo que no hay nada que exija creerla ineludiblemente¹²⁰. Sí hay algo, en cambio, que permite ponerla en tela de juicio. Esta interpretación no es capaz de hacerse cargo de la práctica del derecho: «No permite comprenderlo mejor, sino que simplemente establece su incomprendibilidad definitiva. Aceptarla supone admitir irremisiblemente lo absurdo de la práctica social que pretende explicar o comprender»¹²¹.

La acusación es grave. Es verdad que las ciencias no totalizan sus objetos, de tal manera que una misma realidad puede ser estudiada desde distintos puntos de vista. Así, los realistas estudiarían el Derecho como fenómeno psicológico-social. Esto podría ser válido de reconocerse la legitimidad de otros enfoques científicos, lo que no sucede en este caso. Con todo, ni siquiera la estrechez del enfoque empirista, como veremos en el último capítulo, puede dejar de recoger datos muy relevantes que obligan a buscar otros puntos de vista que permitan explicarlos, por lo que se plantea la cuestión del sentido del empeño empirista¹²².

¹²⁰ SERNA, P., *Proyecto docente y de investigación*, op. cit., pp. 372-373.

¹²¹ *Ibid.*, p. 373.

¹²² En palabras de Carpintero: «¿el empirismo permite explicar el amor? No, desde luego. Entonces, no sirve. Por este motivo, la actitud más sensata es la que expresaba Montaigne: "Que el discípulo haga burla de tales cosas: es más sagaz burlarlas que contestarlas. Tome el discípulo aquella contra sutileza [sic] de Aristipo: ¿Por qué voy a desenredar lo que ya me estorba enredado?"» (CARPINTERO, F., *Derecho y ontología jurídica*, Madrid, Actas, 1993, pp. 106-107).

4. Sobre la coherencia interna del pensamiento olivecroniano

Se ha alabado en ocasiones la obra de Olivecrona por su coherencia¹²³. No se puede negar que entre el Olivecrona de los primeros trabajos de filosofía del Derecho y el último Olivecrona apenas hay diferencias. Esto le permite a él decir en el prólogo de la segunda edición de *Law as fact* que su visión respecto a la que tenía en la primera edición «no ha cambiado en ningún aspecto importante»¹²⁴. Por eso, sobre la base de la edición de 1939, elabora un libro «completamente nuevo», que comparte con el anterior el hecho de que «las ideas fundamentales son las mismas»¹²⁵. Sin embargo, esta permanencia cronológica no equivale siempre a coherencia intelectual o sustantiva¹²⁶. Exis-

¹²³ Así, CORTÉS FUNES, Gerónimo, Presentación a *El Derecho como hecho*, *op. cit.*, p. VIII, donde se habla de «sistema lógico de notable estrictez».

¹²⁴ *LF/II*, p. vii.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 5. Como se ha advertido, aquí se manejan ambas ediciones con carácter general de modo indistinto. Esto mismo hacen Pattaro en el capítulo que en uno de sus libros dedica a Olivecrona (PATTARO, E., *Elementos para una teoría del Derecho*, *op. cit.*), y CASTIGNONE, S., *La macchina del diritto*, *op. cit.* Entre nosotros, han seguido este método, los profesores OLLERO, A., «Un realismo a medias: el empirismo escandinavo», *op. cit.*, pp. 83-126 y MONTORO, A., «Sobre la revisión crítica del derecho subjetivo desde los supuestos del positivismo lógico: notas sobre el pensamiento jurídico de Karl Olivecrona y Alf Ross», en *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, 1983, p. 48.

¹²⁶ Esta persistencia de opiniones es, a juicio de JORI, algo criticable, porque Olivecrona no aprovecha la segunda edición para corregir las insuficiencias (sobre todo metodológicas) de la primera (JORI, M., «Karl Olivecrona e il problema della scienza», *op. cit.*, p. 732).

ten ciertas tesis en el pensamiento olivecroniano que no han podido obtenerse a partir del método empírico y que acusan un salto subrepticio del plano causal al de los fines¹²⁷.

Varios autores han detectado la presencia de inconsistencias en la obra del profesor de Lund¹²⁸. Podemos dividir las entre aquellas que se refieren a hechos y aquellas que se refieren a valores. Pertenecen al primer grupo todas aquellas referencias que Olivecrona hace a la realidad de los hechos que no han sido comprobadas mediante una investigación de tipo empírico. Y pertenecen al segundo grupo todas aquellas valoraciones presentes, velada o abiertamente, en su pensamiento.

Como datos no contrastados empíricamente, se pueden señalar los siguientes: el hecho de que el lenguaje imperativo de las normas jurídicas suscite sentimientos de deber o de poder en relación con las acciones prescritas o permitidas por la ley; el hecho de que la gente tenga en mente un poder imaginario cuando piensa en un derecho subjetivo; y el hecho de que los pueblos primitivos estuvieran dominados por creencias en la magia,

¹²⁷ Algo se adelantó en el ep. V de este capítulo.

¹²⁸ Aparte de los citados arriba (BAGOLINI, L., «Aspetti della critica dei valori...», *op. cit.*, p. 245, y MONTORO BALLESTEROS, A., «Notas sobre el realismo jurídico escandinavo...», *op. cit.*, pp. 104-106), encontramos los siguientes: MACCORMACK, G., «Law as fact», en *ARSP*, 1974, pp. 394-395; TODESCAN, F., «A proposito della validità giuridica in Olivecrona», en *RIFD*, 1968, p. 639; RECASENS SICHES, L., *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, México, Porrúa, 1963, p. 312 y OLLERO, A., «Un realismo a medias...», *op. cit.*, pp. 99-101.

amén del corolario de que las nociones jurídicas hubieran sido originariamente concebidas en términos mágicos¹²⁹.

Por otra parte, en la obra de Olivecrona parece haber «estimaciones» o valoraciones que contradicen su proyecto de ciencia jurídica avalorativa¹³⁰; «instancias axiológicas que no han sido desterradas», y que «con frecuencia aparecen alusiones a criterios o a fines a los que ha de ajustarse y servir el Derecho y que no pueden ser más que el resultado de procesos de valoración»¹³¹. El análisis que se desarrollará en el último capítulo intenta confirmar estas apreciaciones. Pero comencemos por el punto de partida.

¹²⁹ MACCORMACK, G., «Law as fact», *op. cit.*, pp. 394-395. *Vid.* cap. V, ep. III.4.

¹³⁰ RECASENS SICHES, L., *Panorama...*, *op. cit.*, p. 312.

¹³¹ MONTORO BALLESTEROS, A., «Notas...», *op. cit.*, p. 104.

CAPÍTULO TERCERO

EL REALISMO ESCANDINAVO COMO ALTERNATIVA

Si el punto de partida son las teorías elaboradas por los teóricos del Derecho, como se ha señalado ya¹, tenemos que comenzar abordando la clasificación «usual» que divide el pensamiento jurídico en dos grandes corrientes: el positivismo jurídico y la doctrina de Derecho natural.

El positivismo jurídico tiene un origen reciente. Su nacimiento no tiene lugar hasta el siglo XVIII, si bien alcanza la mayor pujanza en el XIX. En este momento consigue desplazar al iusnaturalismo, que por distintos motivos vuelve a resurgir tras la II Guerra Mundial². De la caracterización que Olivecrona hace del positivismo jurídico merecen ser subrayadas dos notas: *a*) el positivismo jurídico se presenta a sí mismo como la teoría científica del Derecho, y *b*) manifiesta una tendencia hacia el realismo³.

¹*Vid. supra* cap. II, ep. III.

² *LF/II*, pp. 5-6.

³ *Ibid.*, p. 6.

Sin embargo, la corriente positivista no alcanza a satisfacer las exigencias de una auténtica ciencia jurídica realista. Por ello, tras la entrada en escena del realismo nórdico queda reducida a un estadio superado de la teoría del Derecho.

Es posible distinguir en la exposición que Olivecrona hace de la historia del pensamiento jurídico tres fases o, al modo comtiano, tres estadios. En un primer momento predominaría el Derecho natural, que el profesor escandinavo considera no puede ser explicado sin referencia a Dios⁴. Podríamos denominar a éste—de modo paralelo a la conocida división comtiana—estadio *teológico*. Un segundo estadio, que podríamos denominar *metafísico*, se caracterizaría por el intento de explicar el fenómeno jurídico sin recurrir al Derecho natural. Es aquel en que predomina el positivismo jurídico. Habida cuenta de que este modelo de pensamiento, como vamos a ver, arrastra todavía elementos de Derecho natural, ha sido preciso superarlo. Con ello ingresamos en lo que finalmente podríamos denominar estadio *científico*, en que la tendencia al realismo se consuma. Éste sería precisamente el mérito del realismo jurídico escandinavo.

I. LA SUPERACIÓN DEL IUSNATURALISMO

El iusnaturalismo, según lo dicho, constituye el estadio más primitivo en la evolución del pensamiento jurídico. Ésta es probablemente la razón que explique por qué Olivecrona no se empeña con demasiado ahínco en su contra. Su interés parece más bien historiográfico; en todo caso, sirve para poder entender correctamente el positivismo jurídico.

⁴ Sobre la fuente sobrenatural del Derecho natural, *vid. LF/II*, pp. 13 ss.

También se puede advertir en la exposición del profesor de Lund es que únicamente atiende al iusnaturalismo moderno, y dentro de él se detiene especialmente en las doctrinas de Grocio y Pufendorf⁵. También escribe bastante sobre Locke⁶. Fundamentalmente son tres los puntos que centran el interés de Olivecrona: la justicia, la división entre derecho natural y derecho positivo y el fundamento último del Derecho.

⁵ Sobre estos autores trata principalmente en los siguientes lugares: «The Concept of a Right according to Grotius and Pufendorf», en *Rechtsfindung. Beiträge zur juristischen Methodenlehre. Festschrift für Oscar Germann zum 80. Geburtstag*, Berna, Stämpfli & Cie., 1969, pp. 175-197; «Das Meinige nach der Naturrechtslehre», *op. cit.*; «Die zwei Schichten im Naturrechtlichen Denken», en *ARSP*, 1977, pp. 79-103. También se trata de estos filósofos en: *LF/I*, pp. 22 y 198-199; *GS*, pp. 209-210; *LF/II*, pp. 9 ss., 142 ss. En el apéndice primero de esta obra está recogido el citado trabajo de 1969, que estaba previsto formara parte de ella; sin embargo, debido a su longitud, fue primeramente publicado como artículo. Las referencias son continuas. Por ejemplo, «The Legal Theories of Axel Hägerström and Vilhelm Lundstedt», *op. cit.*, p. 128; «Locke's Theory of Appropriation», en *The Philosophical Quarterly*, 1974, pp. 220-230; «The Term "Property" in Locke's two Treatises of Government», en *ARSP*, 1975, pp. 111-114; «Appropriation in the State of Nature: Locke on the Origin of Property», *op. cit.*, pp. 213 ss. Por último, cabe citar «Legal Language and Reality», *op. cit.*, pp. 153 ss.; «Jherings Rechtspositivismus im Lichte der heutigen Wissenschaft», *op. cit.*, pp. 167 ss.; y «Bentham's "Veil of Mystery"», en *Current Legal Problems*, Londres, 1979, pp. 228-231.

⁶ Así, en «Locke's Theory of Appropriation», *op. cit.*; «The Term "Property" in Locke's...», *op. cit.*; «An Insertion in Para. 25 of the Second Treatise of Government?», en *The Locke Newsletter*, 1975, pp. 63-65; «A Note on Locke and Filmer», en *The Locke Newsletter*, 1976, pp. 83-93; «Appropriation in the State of Nature: Locke on the Origin of Property», *op. cit.*; también en «Das Meinige nach...», *op. cit.*, pp. 203-204.

1. El Derecho natural según Olivecrona

a) La noción de la justicia

Observa el profesor de Lund que clásica fórmula de la justicia «dar a cada uno lo suyo» depende como principio formal de que alguien previamente tenga algo. En otro caso, no sería posible dar a cada uno *lo suyo*. Por tanto—considera—, el *ius* es anterior a la *iustitia*⁷. Para interpretar qué sea lo suyo de cada uno, el profesor sueco acude a los textos de Grocio y Pufendorf, donde se afirma que todo hombre tiene, en estado natural, una esfera de derechos, que ellos denominan «suum», en la cual cada uno es soberano. Por ello, cualquier ataque contra ella constituye una *iniuria*, y tiene como consecuencia que el atacante pierde la protección ideal que su propia esfera le proporciona. Por tanto, el atacado es libre de reaccionar contra el atacante, y no comete injusticia alguna⁸.

Si bien la ley natural veda todo ataque a la esfera ajena, no determina, en opinión de Olivecrona, cuál es el alcance de dicha esfera. Para determinarlo hay dos vías. Por naturaleza pertenecen a todo ser humano, según Grocio, la vida, el cuerpo, los miembros y las cosas que, puestas en público, han sido adquiridas por ocupación⁹, y de modo parecido para Pufendorf, la vida,

⁷ «Das Meinige nach der Naturrechtslehre», *op. cit.*, p. 197.

⁸ Grocio recoge el clásico principio *Vim vi repellere licet* en GROCIO, H., *De iure belli ac pacis libri tres*, J. F. Gronovio (ed.), Amsterdam, G. Fritsch, 1735, lib. I, cap. 2, § I, n. 6.

⁹ *Ibid.*, lib. I, cap. 2, § I, n. 5.

el cuerpo, los miembros, la castidad (*pudicitia*), la reputación (*existimatio simplex*) y la libertad¹⁰.

Pero, por otro lado, el alcance natural del *suum* puede ser ampliado por medio de la voluntad humana, a través del pacto o de la ley¹¹. El fundamento de esta apropiación está en el *Génesis*, pues, según Grocio, «Dios confirió en general al género humano el derecho sobre las cosas de esta naturaleza inferior, inmediatamente de creado el mundo y una vez restaurado nuevamente el mundo después del diluvio»¹². Si bien en un primer momento todo era común e indiviso, como si fuese un solo patrimonio, «tal estado no pudo durar sino habiendo perseverado los hombres en una gran simplicidad», cosa que no sucedió, principalmente por ambición, y así vinieron las cosas a ser de propiedad. Hasta ese momento, uno podía tomar las cosas—que, en la interpretación de Olivecrona entraban en el *suum*—, no siendo posible sin cometer injusticia arrebatarlas a quien las había hecho suyas. Los frutos, a su vez, pertenecían a quien los había recogido, pero no se podía decir que éste tuviera derecho de propiedad sobre ellos¹³.

¹⁰ PUFENDORF, S., *De iure naturae et gentium*, lib. III, cap. 1, § I. Hemos consultado la edición de G. Mascovius, Frankfurt, Minerva, 1967.

¹¹ *Ibidem*.

¹² GROCIO, *op. cit.*, lib. II, cap. 2, § II, n. 1.

¹³ *Ibid.*, lib. II, cap. 2, § II, nn. 1-5. Olivecrona interpreta esta ausencia del derecho de propiedad sobre la base de que el derecho subjetivo era considerado una facultad, una pretensión ejercitable con eficacia frente a otros. Pero el deber correspondiente significaba una limitación de la propiedad, y esto sólo era posible a través de la libre limitación por el pacto («Das Meinige...», p. 200).

En Locke—afirma Olivecrona—podemos ver algo similar. La «ley de la naturaleza» prohíbe dañar a otro en su vida, salud, libertad o posesiones¹⁴, bienes a los que se refiere el principio «*suum cuique tribuere*». Por ello, quien ataca alguno de los bienes mencionados se coloca en un estado de guerra contra la humanidad—al regirse por reglas distintas a las de sus miembros—¹⁵. Esta persona pierde la protección de la ley natural y puede ser abatido como un león o un tigre¹⁶. Pero como resulta peligroso y ataca gravemente la seguridad el que cada uno sea juez de sí mismo—es fácil que la respuesta del agredido sea desproporcionada al ataque—, con el fin de proteger sus vidas, libertades y haciendas—que engloba Locke bajo el nombre de «propiedad» (*property*)—, se crean la sociedad y el Gobierno, y se abandona el estado de naturaleza¹⁷.

b) Derecho natural y Derecho voluntario

Grocio acepta la división aristotélica entre derecho natural y derecho voluntario¹⁸. Define el derecho natural como «un dictado de la recta razón, que indica que alguna acción por su con-

¹⁴ LOCKE, J., *Two Treatises of Government*, 2, 2, 6. Se ha consultado la edición de P. Laslett, Nueva York, Cambridge University Press, 1988, pp. 270-271.

¹⁵ *Ibid.*, 2, 2, 8 (ed. cit., p. 272).

¹⁶ *Ibid.*, 2, 2, 11 (ed. cit., p. 274).

¹⁷ *Ibid.*, 2, 9, 123 (ed. cit., p. 350). Sin embargo, según el profesor escandinavo, el uso del término «propiedad» (*property*) no es consistente en Locke, porque incluye en él tanto las cosas, como el *derecho sobre* esas cosas. Sobre la palabra «property», *vid.* «The Term "Property" in Locke's Treatises of Government», *op. cit.*

¹⁸ GROCIO, *op. cit.*, lib. I, cap. 1, § IX.

formidad o disconformidad con la misma naturaleza racional, tiene fealdad o necesidad moral, y consiguientemente está prohibida o mandada por Dios, autor de la naturaleza»¹⁹. A su vez, el derecho voluntario «trae su origen de la voluntad, y es humano o divino»²⁰. Dentro del derecho divino voluntario se cuentan distintos preceptos bíblicos—como la prohibición de comer los frutos del árbol del bien y del mal—. Se diferencia del Derecho natural en que mientras aquél se determina a través de la *libre* voluntad de Dios, éste se determina a través de su voluntad *necesaria*, pues la voluntad de Dios, para Grocio, está subordinada a su razón, por lo que su naturaleza necesariamente quiere lo bueno y rechaza lo malo²¹. En cuanto al Derecho humano positivo, como se ha dicho, su origen está en la voluntad del soberano²², que debe ser hecha conocer a los súbditos²³.

En cualquier caso, lo que a Olivecrona le interesa es destacar que, sea quien sea el legislador—Dios o el hombre—, estos autores entienden que la ley es *voluntad* suya. La diferencia está en que mientras el soberano recibe la potestad del contrato social, Dios la obtiene por ser Creador²⁴.

¹⁹ *Ibid.*, § X, n. 1.

²⁰ *Ibid.*, § XIII.

²¹ En opinión de Grocio, «el derecho natural es tan inmutable que ni aun Dios lo puede cambiar» (*ibid.*, § X, n. 5). Pufendorf, sin embargo, sostiene que lo bueno y lo malo derivan de la libre voluntad de Dios (PUFENDORF, S. A., *De Iure Naturae et Gentium*, op. cit., lib. II, cap. 3, § XX. Cfr. lib. I, cap. 6, § XVIII).

²² *Ibid.*, lib. I, cap. 6, § IV.

²³ *Ibid.*, lib. I, cap. 6, § XVIII.

²⁴ *Ibid.*, lib. I, cap. 6, § XII.

Por lo que se refiere a la fuerza obligatoria de la ley, el iusnaturalismo la considera parte de su esencia²⁵. Poco más se dice de ella en opinión de Olivecrona. Para tratar de esclarecer lo que el filósofo holandés entiende por fuerza obligatoria, el profesor de Lund acude a la figura de la promesa, que en opinión de Grocio «o es camino para la enajenación de la cosa [promesas de dar] o enajenación de alguna pequeña parte de nuestra libertad [promesas de hacer]»²⁶. Pufendorf es, para Olivecrona, algo más explícito a la hora de explicar la naturaleza de la promesa. Considera que existe una obligación cuando alguien está compelido con necesidad moral a hacer, aceptar o sufrir algo²⁷. Supone una restricción que, a diferencia de la coacción, afecta interiormente a la voluntad. Mientras que la coacción tiene su fundamento en la fuerza, la obligación «presupone causas que afectan intrínsecamente la conciencia humana»²⁸.

c) El fundamento último del Derecho

Los iusnaturalistas parten de la premisa de que el hombre es originalmente libre. Su ámbito de actuación sólo puede restringirse en favor de otro por medio de la sumisión voluntaria²⁹. Por

²⁵ Para Grocio, la ley es, en sentido amplio, una «regla de los actos morales que obliga a lo que es recto» (GROCIO, *op. cit.*, lib. I, cap. 1, § IX, n. 1), y para Pufendorf, un «decreto por el que el superior obliga a quien le está sometido a que haga las acciones que prescribe» (PUFENDORF, *op. cit.*, lib. I, cap. 6, § IV).

²⁶ GROCIO, *op. cit.*, lib. II, cap. 11, § IV, n. 1.

²⁷ PUFENDORF, *op. cit.*, lib. I, cap. 1, § XXI.

²⁸ *Ibid.*, lib. I, cap. 6, § X.

²⁹ *Ibid.*, lib. I, cap. 6, § XII. Cfr. CARPINTERO, F., *Una introducción a la ciencia jurídica*, Madrid, Civitas, 1988, pp. 23 ss.

ello, el consentimiento mutuo es necesario para la formación de la sociedad. En el momento original, los miembros prometen, explícita o implícitamente, obedecer las normas aceptadas por la mayoría o por aquéllos en quienes se ha delegado el poder de dictarlas. En consecuencia, el pacto es la fuente de la fuerza obligatoria del Derecho positivo humano³⁰.

No obstante, Olivecrona se plantea la cuestión de por qué vincula el contrato social. Su fundamento tiene que radicar necesariamente en algo externo a las partes contratantes, pues si se basara en su voluntad, tan pronto como mudara ésta el contrato dejaría de ser obligatorio. Existe una ley que está más allá de la voluntad de las partes. Ésta es la ley natural, y uno de sus primeros principios establece que los pactos deben ser observados³¹. Olivecrona entiende que la razón de ser de este principio descansa en que si no se respetaran los pactos, difícilmente podría conseguirse una convivencia pacífica. En último extremo, el fundamento del Derecho natural se basa en la naturaleza social del hombre, de modo que existiría «aunque concediésemos, lo que no se puede hacer sin gran delito, que no hay Dios o que no se cuida de las cosas humanas»³².

³⁰ «Porque los que se juntaron en alguna comunidad, o se sometieron a uno o a varios hombres, éstos, o prometieron expresamente, o por la naturaleza del acto debieron entender que tácitamente prometían seguir lo que determinase, o la mayor parte de la asamblea, o aquellos en quienes se había delegado la potestad» (GROCIO, *op. cit.*, prol. 15).

³¹ El principio *pacta sunt servanda* se recoge en GROCIO, *op. cit.*, prol. 15.

³² *Ibid.*, prol. 8 y 11. Sobre la hipótesis «etiamsi daremus», *cfr.* HERVADA, J., *Historia de la ciencia del derecho natural*, Pamplona, Eunsa, 1987, pp. 266-268, y del mismo autor, «Lo nuevo y lo viejo en la hipótesis "etiamsi dare-

El alcance de esta doctrina, a decir de Olivecrona, fue grande, y dejó su impronta en las leyes y en la ciencia jurídica. Es destacable el papel que una de sus versiones tuvo en la filosofía y en la elaboración de los grandes códigos promulgados en Prusia, Francia y Austria hacia finales del siglo XVIII, y comienzos del XIX. Supuso la instauración de un nuevo modelo de Derecho civil, que todavía hoy sigue vigente en la Europa continental³³.

2. La crítica de Olivecrona al Derecho natural

Conviene, antes de nada, hacer una precisión. Como acabamos de ver el Derecho natural que el jurista sueco tiene en mente es el denominado Derecho natural moderno³⁴. Si tenemos en cuenta que existen otras formas de iusnaturalismo, hay que llegar a la conclusión de que el análisis efectuado por Olivecrona es insuficiente, de modo que una eventual extrapolación de sus resultados a todo el Derecho natural es, por tanto, ilegítima³⁵.

No obstante, la crítica del Derecho natural que realiza el profesor de Lund es somera, tal vez por el mismo alejamiento de esta doctrina respecto del ideal científico asumido por él. El iusnaturalismo, para Olivecrona, forma parte de una etapa superada

mus" de Grocio», en HERVADA, J., *Escritos de derecho natural*, 2.^a ed., Pamplona, Eunsa, 1993, pp. 421-447.

³³ *LF/II*, p. 25.

³⁴ Sobre esta corriente, *vid.* CARPINTERO, F., *La cabeza de Jano*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, s.f., o del mismo autor, *Historia breve del Derecho natural*, Madrid, Colex, 2000, pp. 145 ss.

³⁵ Acerca de este malentendido, que suele ser habitual, *cfr.* SERNA, P., «Modernidad, posmodernidad y derecho natural: un iusnaturalismo posible», en *Persona y Derecho*, 20 (1989), pp. 155-188.

del conocimiento humano. Las referencias que existen a él son generalmente a efectos expositivos. A pesar de ello es posible encontrar alguna crítica aislada. Así, por ejemplo, cuando dice: «es obvio que no es posible establecer científicamente principios de Derecho natural, *por la simple razón de que ningún deber puede derivarse de los hechos*»³⁶. O, en el mismo sentido, cuando dice que «la tendencia efectiva a seguir ciertos principios indicados por la razón no es Derecho»³⁷.

Esto significa que Olivecrona otorga carta de naturaleza a la llamada ley de Hume, según la cual del ser no se puede pasar al deber ser, contradicción en la que—observa Olivecrona—Gronovio incurre expresamente, cuando—glosando a Grocio—dice que la inclinación social, fortalecida por pactos expresos o tácitos, se convierte en Derecho (*transit in ius*)³⁸.

Sólo hay una manera de evitar esta falacia, advierte Olivecrona. Consiste en transformar la ley natural en la ley de Dios. En este sentido, el profesor de Lund da cuenta cómo Grocio afirma que los preceptos de la ley natural—por estar basados en la naturaleza humana, creación de Dios—son preceptos *divinos*. Igualmente, Pufendorf sostiene la afirmación de que la ley natural no subsistiría si Dios no existiese. En este caso, los principios de la razón no serían obligatorios. Sólo valdrían como las prescripciones del médico. Para que tengan fuerza obligatoria, es preciso que estén dictados por un legislador, una ley sólo la puede dictar un superior³⁹. Si Dios nos ha provisto con una natu-

³⁶ «Realism and Idealism...», *op. cit.*, p. 129.

³⁷ *LF/II*, p. 14.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ PUFENDORF, *op. cit.*, lib. I, cap. 6, §§ I ss.

raleza social, es su voluntad que observemos todas aquellas normas que convienen a ésta, que son terminantemente obligatorias para nosotros⁴⁰. Para ambos, por tanto—comenta Olivecrona—, la ley natural es una clase de ley divina⁴¹. Nada dice el profesor de Lund acerca de este fundamento divino del Derecho natural, pero, a tenor de lo visto, parece claro que lo rechaza.

A continuación, como sea que el iusnaturalismo pretende fundamentar su doctrina en la naturaleza humana, conviene tomar nota de la concepción que Olivecrona tiene de ella. Esto nos ayudará a comprender por qué se siente tan alejado de la concepción iusnaturalista.

3. La concepción olivecroniana de la naturaleza humana

Hay algo que Olivecrona comparte con Grocio, Pufendorf y el resto de exponentes del iusnaturalismo moderno: el hombre, para todos ellos, es libre por naturaleza. Pero entre las distintas tendencias psicológicas que cada autor elige como característica—para de ahí derivar los preceptos de la ley natural—⁴², el profesor de Lund se decanta, como Hobbes, por el egoísmo.

Al igual que el filósofo inglés, Olivecrona entiende que la existencia del Derecho se hace necesaria para apaciguar los efectos destructivos que el propio interés determina. Sin Derecho—afirma el profesor de Lund—, los hombres pugnarían entre sí por el poder y la supremacía. Sería el «todos contra todos». Pero la fuerza irresistible en que el Derecho consiste permite

⁴⁰ *Ibid.*, lib. II, cap. 3, § XX.

⁴¹ *LF/II*, p. 16.

⁴² Actitud típicamente racionalista la de partir de un *principium unicum*. Cfr. CARPINTERO, F., *Derecho y ontología jurídica*, op. cit., pp. 98 ss.

reconducir y canalizar los fenómenos de fuerza presentes en una sociedad desregulada y tendente al caos⁴³. ¿Significa ello que existe en el pensamiento de Olivecrona, a la manera de Hobbes, un pacto por medio del cual los hombres ceden parte de su libertad para, mediante la creación del Estado y el Derecho, conseguir paz y seguridad?

No es posible—opina el profesor de Lund—ofrecer una explicación última de la constitución de la sociedad⁴⁴. La persona, desde su nacimiento, está inmersa en un entorno jurídico, bajo cuya presión se forma su carácter, especialmente durante los primeros años. Entre los factores que determinan las convicciones morales del niño ocupa un lugar destacado el Derecho: «El Derecho—escribe Olivecrona—no puede ser una proyección de ciertas convicciones morales innatas en el niño o adolescente, pues ya existía hace mucho tiempo cuando nació»⁴⁵.

Esta presión—a juicio del profesor de Lund—es algo más que la mera infusión del típico temor a las sanciones. Las normas jurídicas—considera—tienen como efecto la formación de un «depósito de ideas morales» en la mente humana⁴⁶. Ésta «absorbe» las normas jurídicas y las hace suyas, con lo que se establece una firme asociación entre la representación mental de ciertas acciones u omisiones y ciertas expresiones imperativas que las prescriben o las proscriben. Así, por ejemplo, la idea de

⁴³ *GS*, pp. 169-170.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 170-171.

⁴⁵ *LF/I*, p. 153. Más adelante dice: «Las primeras impresiones indelebles de la primera juventud en lo que se refiere a las relaciones con los demás directa o indirectamente derivan del Derecho» (p. 154).

⁴⁶ *Ibid.*, p. 154.

cometer un robo está vinculada con el imperativo «no debes», que aparece junto con la representación de dicha acción. Cuando un imperativo de esta clase ha sido «completamente objetivado», y se acepta como obligatorio al margen del sujeto que lo ha dictado, estamos ante un mandamiento de orden moral. Los principales imperativos de la ley sufren también este fenómeno de objetivación, y es cuando se puede decir que la ley está «firmemente establecida»⁴⁷.

En consecuencia, el sujeto, por sí mismo, carece de tendencias jurídicas innatas. La propiedad sólo es respetada por la presión de que hablamos. Si se relaja, la ocasión es inmediatamente aprovechada⁴⁸.

En un artículo publicado en 1959⁴⁹, Olivecrona constata cómo en su país la tendencia legislativa en las dos décadas precedentes había sido la de reducir drásticamente el número de delitos tipificados con penas de privación de libertad, lo que, a su juicio, fue la causa de que se produjera un aumento correlativo en el número de delitos cometidos. Tan fuerte caló la nueva ideología—comenta—, que en lugar de «presos» se empezó a hablar de «internos». El trabajo que comentamos es fruto de una serie de conferencias que Olivecrona dio en Alemania a raíz de un proyecto de reforma que a finales de la década de los cincuenta se presentó en Suecia, que venía a ser un paso más en esta línea despenalizadora. En aquel proyecto se llegó hasta el

⁴⁷ *Ibid.*, pp. 154-155.

⁴⁸ *GS*, p. 156.

⁴⁹ «Das moralische Problem der Strafgesetzgebung», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1957, pp. 397-411.

extremo de suprimir la palabra «pena», sin lograr—añade el profesor de Lund—un sustituto conveniente para ella⁵⁰.

Según el jurista nórdico, el orden tradicional estaba constituido sobre la base de la idea de la responsabilidad. La pena era la consecuencia ordinaria del delito. Las medidas de seguridad sustituían sólo en determinados casos a aquéllas. Pero este orden—comenta—ha quedado ahora subvertido. Ya no hay distinción en cuanto a la preferencia entre penas y otras medidas de seguridad. Lo que late bajo esta reforma, a su juicio, es la idea de que lo que importa es proteger a la sociedad de los delitos. El medio es secundario. En cada caso habrá que elegir el más adecuado⁵¹.

En el mencionado proyecto se establecía—observa Olivecrona—que los jóvenes entre 15 y 17 años no vayan más a la cárcel, y los que están entre los 18 y los 20 sólo en contados casos. Asimismo, la prisión condicional veía ampliado su campo de aplicación⁵². Para el profesor de Lund, la consecuencia de todo ello es que la pena deja de ser la consecuencia del delito⁵³. Empero, la experiencia obtenida a partir de las reformas que se han sucedido en los últimos años aconseja, a su juicio, no ser muy optimista en relación con sus eventuales resultados. Existen datos que permiten comprobar cómo una reforma anterior, efectuada en el mismo sentido aproximadamente 10 años antes del proyecto en cuestión, tuvo como consecuencia que los presos internados en las cárceles aumentaran de 2.300 a 4.600.

⁵⁰ *Ibid.*, pp. 397-398.

⁵¹ *Ibid.*, p. 399.

⁵² *Ibid.*, p. 400.

⁵³ *Ibidem.*

Asimismo, los delitos que llegaron a conocimiento de la policía, pasaron de 162.000 en 1950, a 230.000 en 1956; es decir, habían aumentado alrededor de un 42%. En el mismo período—añade—, los robos de que tuvo conocimiento la Policía aumentaron de 110.000 a 170.000. Asimismo, el número de robos en casas aumentó—también en dicho período—de 21.000 a 35.000, y por lo que se refiere a delitos cometidos sobre automóviles, de 7.000 en 1950, se pasó a 26.000 en 1956⁵⁴.

Olivecrona se pregunta si cabe concluir que las reformas legislativas tuvieran algo que ver en este aumento. Su respuesta es prudente. Comienza constatando que ello no es algo pacífico, y que muchas veces este incremento se achaca a otras causas, como la migración del campo a las ciudades, la existencia de más objetos que pueden ser robados, la crisis de la familia, etc., causas todas ellas plausibles—reconoce—, que pueden haber contribuido a este fenómeno: «tales situaciones han contribuido en mayor o menor medida al aumento de la criminalidad»⁵⁵. Pero él destaca la presencia de una causa que no había sido considerada:

⁵⁴ *Ibid.*, pp. 402-403. Añade Olivecrona una comparación de los robos de vehículos a motor cometidos en diversas ciudades europeas, incluida Estocolmo, donde en términos porcentuales sale muy mal parada. Por dar un dato, si en Ámsterdam, entonces con 850.000 habitantes aproximadamente, se cometieron, desde 1950 a 1954, 450 robos de vehículos a motor, en Estocolmo, con unos 757.000 habitantes en la misma época, se cometieron 19.577 robos de la misma clase.

⁵⁵ «Das moralische...», p. 403.

«Sin embargo, hay que preguntarse si la drástica rebaja de las penas no ha tenido parte considerable»⁵⁶.

Su incidencia ha sido especial en relación con los robos de automóviles, los cuales son llevados a cabo principalmente por jóvenes, que no son penados sino en escasa medida. Escribe:

«La consecuencia parece ser que, en ciertos ambientes, tal clase de robos no es tomada nada en serio. No se habla de robos, sino de tomar prestado el coche de alguien, etc.»⁵⁷.

La conclusión a la que llega es que las indicadas cifras han de verse como una «seria advertencia». Tras la experiencia habida con la rebaja penal—observa—, continuar por el mismo camino parece desaconsejable⁵⁸.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 404. Añade que en el fondo lo que late es una *idea moral* de profunda aversión a la pena. La idea de culpa está desterrada completamente porque se piensa que todo comportamiento humano está determinado causalmente. La teoría clásica de la retribución no resulta aceptable desde este punto de vista, porque no se la considera como una justificación adecuada para la imposición de penas: ¿de dónde el derecho a penar a otro hombre? (*ibid.*, pp. 404-405). Por tanto, el legislador de 1957 se halla en un dilema. Por un lado, no se alcanza a ver la justificación de la pena. Por otro, resulta descabellado renunciar a ella (*ibid.*, p. 405). Se piensa que la retribución es una clase de venganza, cosa que no es exacta, pues la venganza—explica Olivecrona—exige el deseo de venganza, el cual falta en el juez (*ibid.*, p. 406). Se ha hablado de la función preventiva del Derecho penal, que Olivecrona considera insatisfactoria, pues en muchas ocasiones el delincuente no representa ningún peligro para la sociedad. Y cuando es de verdad peligroso, una breve privación de la libertad no es la solución (*ibid.*, pp. 407-408). Como veremos más abajo, el profesor nórdico considera que no tiene sentido

Tras este planteamiento late la vieja idea moderna de que el hombre es libre e igual por naturaleza, de modo que la sociedad y el Estado son sólo productos artificiales creados para impedir la autodestrucción del hombre. Se parte de la figura del individuo aislado, que se constituye en el «elemento sistemático de todo posible razonamiento jurídico»⁵⁹. Pero curiosamente ésta es una idea de origen iusnaturalista⁶⁰.

Recapitulando, cabe decir que la base del rechazo de Olivecrona al iusnaturalismo tiene como línea de fuerza la denuncia del incumplimiento de la llamada ley de Hume, que declara ilegítimo el tránsito del ser al deber ser. Sin embargo, paradójicamente va a ser la presuposición básica de la antropología del iusnaturalismo individualista lo que lo llevará a concebir el Derecho como fuerza⁶¹.

preguntarse si se deben introducir penas. Las penas ya están introducidas. La cuestión es si eliminarlas o no. La respuesta a ello está vinculada con la respuesta que se dé a la cuestión de *qué sucedería* si elimináramos las penas, a lo que Olivecrona responde: las consecuencias serían «insoportables» para la vida material y moral (*ibid.*, p. 410).

⁵⁹ CARPINTERO, F., *Historia breve del Derecho natural*, op. cit., pp. 156 ss.

⁶⁰ «A partir de las “Controversias ilustres” de FERNANDO VÁZQUEZ [DE MENCHACA], se vinculó de facto al *ius naturale* nuevo con un fuerte individualismo ético-jurídico que fue hecho posible mediante el empleo sistemático de las figuras del estado de naturaleza y del contrato social, en el marco de un pensamiento que por partir desde el individuo aislado e independiente no reconoce más obligaciones justas que aquellas que surjan del propio consentimiento» (*ibid.*, p. 157).

⁶¹ *Vid.* cap. VII, ep. IV de este mismo trabajo.

II. LA CRISIS DEL IUSPOSITIVISMO

El positivismo jurídico se rebeló contra el iusnaturalismo, pero, a juicio de Olivecrona, no consiguió superarlo. No obstante, sirvió al menos para «preparar la base para la subsiguiente exposición del Derecho como fenómeno social»⁶², estadio final, como hemos visto arriba, del pensamiento jurídico. Con esta perspectiva encara Olivecrona su estudio del iuspositivismo, que queda, pues, medido por su mayor o menor aproximación al Derecho como hecho.

En opinión del profesor escandinavo, la «debilidad» del Derecho natural se hacía especialmente patente en la admisión de la ley natural y del contrato social como bases del Derecho positivo. Refutadas ambas, el único Derecho posible era el Derecho positivo. La primera nota con la que se distinguió el positivismo jurídico fue, por tanto, la negación del Derecho natural y la reducción del ámbito de lo jurídico al Derecho positivo. Por eso—señala—, la expresión «positivismo jurídico» pasó a ser un pleonismo. La siguiente tarea consistía en aclarar la naturaleza del Derecho positivo, con lo que aparece la filosofía del Derecho positivo⁶³.

⁶² *LF/II*, p. 27.

⁶³ *Ibid.*, pp. 26-27. Olivecrona cita a Bergbohm, para quien “positivismo jurídico” es un pleonismo, y a Gustav Hugo, que propone una filosofía del Derecho positivo. La alusión a Hugo conviene matizarla. Según Carpintero, «Hugo únicamente no admite el *Naturrecht* o *Rechtsphilosophie* de la Modernidad, que, como explica en el *Lehrbuch* de 1819, establecía fundamentos puramente racionales a priori y, desde las nociones así postuladas intentaba hacer consideraciones moralizantes—escribe despectivamente—sobre la licitud de las revoluciones y las guerras [...]» («CARPINTERO, F., *Los inicios del positivismo jurídico en Centroeuropa*, Madrid, Actas, 1993).

Esto, desde el punto de vista «científico», tal y como lo entiende el profesor de Lund, es sin duda un avance. Pero—indica—las más de las nuevas teorías del Derecho positivo sustituyeron lo natural por la voluntad soberana, con lo que perpetuaron otro de los errores del iusnaturalismo, que definía el Derecho positivo en estos mismos términos⁶⁴. Ello le permite agrupar las distintas teorías iuspositivistas en torno a la idea fundamental de que el Derecho es expresión de una voluntad: «el término “positivismo jurídico” es usado aquí para designar aquellas teorías que comparten este postulado»⁶⁵.

Al estar la teoría jurídica, a su juicio, íntimamente asociada con el pensamiento filosófico, y con las condiciones políticas y corrientes ideológicas, el rumbo que aquélla tomó en diferentes países como Inglaterra o Alemania fue también distinto. Por eso, Olivecrona se ocupa por separado de ambas tradiciones⁶⁶.

1. La teoría inglesa

Para Olivecrona, la historia del pensamiento jurídico positivista no empieza, como sostienen algunos autores, con Hobbes (1588-

⁶⁴ Sobre la teoría de la voluntad en general, *LF/I*, pp. 22 ss., 47, 56, 62; *GS*, pp. 13 ss., 66, 73; *LF/II*, pp. 9, 14, 18-22, 26-27, 39, 50-85, 91-95, 120 ss., 133 ss., 159, 231; «Realism and Idealism...», pp. 121 ss.; «Das Meinige...», p. 204; «The Imperative Element...», pp. 795 ss.; «The Legal Theories of...», pp. 134-135; «Jherings Rechtspositivismus...», p. 167.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 27. Ésta es la razón, por ejemplo, por la que tiene, para él, interés la teoría del derecho de Bentham, que es la primera con la que comienza su estudio: «The Will of the Sovereign...», *op. cit.*, p. 95.

⁶⁶ *Ibid.*, pp. 27 ss.

1679)—apenas hay referencias de él en su obra⁶⁷—, sino con Jeremy Bentham (1748-1832)⁶⁸.

Considera el profesor de Lund que el propósito de Bentham fue construir una anatomía universal del Derecho, basada únicamente en la experiencia. Para el filósofo inglés, «un cuerpo de leyes es un vasto y complicado mecanismo, del cual ninguna de sus partes puede ser explicada sin el resto. Para entender las funciones de un volante de reloj es preciso descomponer éste en piezas: para entender la naturaleza de una ley es preciso descomponer en piezas todo el código»⁶⁹.

El esfuerzo de Bentham—anota Olivecrona—consistió en un intento por dar una explicación coherente y con base en la experiencia sensorial de los distintos fenómenos comprendidos

⁶⁷ Y sucintas: *LF/I*, pp. 32 en relación con 212; *LF/II*, p. 19; «Bentham's "Veil of Mystery"», *op. cit.*, p. 232; «The Will of the Sovereign: Some Reflections on Bentham's Concept of Law», *op. cit.*, pp. 96, 100. Sin embargo, hay autores que sostienen que Hobbes es el fundador del positivismo jurídico, y arguyen frente a los que no lo consideran positivista que «en primer lugar, Hobbes identifica el derecho con el mandato del soberano y, por tanto, suscribe, tal vez por primera vez en la historia, la tesis de las fuentes sociales. En segundo lugar, que el autor inglés rechaza la existencia de forma alguna de justicia objetiva independiente del derecho legal» (SERNA, P., *Proyecto docente y de investigación*, *op. cit.*, p. 35).

⁶⁸ *Ibid.*, p. 27. Sobre Jeremy Bentham, *vid. LF/II*, pp. 27-31, 39-40, 45, 67-71, 154, 168-170; «Bentham's "Veil of Mystery"», *op. cit.*; «The Will of the Sovereign: Some Reflections on Bentham's Concept of Law», *op. cit.*

⁶⁹ BENTHAM, J., *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, J. H. Burns y H. L. A. Hart (eds.), Clarendon, Oxford, 1996, p. 299.

bajo la palabra Derecho⁷⁰. Trató, pues, de formular una teoría meramente sociológica del Derecho, en el que el influjo de la filosofía empirista de Hume no pasa desapercibido. Bentham sostenía que todas nuestras ideas provienen de nuestros sentidos, y rechazaba la idea de una ley natural. Entendía que únicamente el Derecho positivo podía realizar la atribución de bienes, lo que significaba que los efectos jurídicos de actos como la ocupación, la transmisión de la propiedad y las promesas dependían completamente del Derecho positivo⁷¹.

Sin embargo, a pesar de rechazar la ley natural, Bentham recoge, según el profesor de Lund, la vieja idea (iusnaturalista, según él) según la cual la ley positiva es la declaración de la voluntad del soberano: «parece ser—escribe—que Bentham nunca se planteó la cuestión de si poseemos alguna percepción de tal voluntad. Dio por sentado que los hechos en el Derecho

⁷⁰ Esta interpretación, sostenida por Olivecrona, Hart y otros, ha sido recientemente criticada de manera frontal. Para L. Cruz, la cientificidad del conocimiento jurídico está motivada para Bentham por exigencias prácticas que se derivan del obrar humano. Según este autor, «el núcleo del positivismo jurídico de Bentham no estaría en el establecimiento de un vocabulario y un análisis avalorativo del Derecho, ni en la separación entre éste y la moral, sino en una peculiar perspectiva práctica, la cual defiende la necesidad de reglas determinables públicamente para que pueda darse, de ese modo, una obediencia racional» (CRUZ, L., *Derecho y expectativa. Una interpretación de la teoría jurídica de Jeremy Bentham*, op. cit., p. 316).

⁷¹ «The Will of the Sovereign...», op. cit., pp. 95-97; asimismo, «Bentham's "Veil of Mystery"», op. cit., p. 232. En esto Bentham coincide con Hobbes y Hume, anota Olivecrona.

eran la voluntad del soberano y las personas, las acciones y los objetos a los que dicha voluntad se refiere»⁷².

Olivecrona no puede admitir esto. Sin embargo, esto no es una inconsecuencia de Bentham, porque el propósito de éste nunca fue realizar una ciencia meramente descriptiva. Para el filósofo inglés, la ciencia jurídica se enmarca dentro de su proyecto reformador de la sociedad. Mediante lo que llama ciencia jurídica expositiva, Bentham persigue desarrollar un aparato conceptual, técnico y normativo que permita la realización de un *Pannomion*, un cuerpo general de leyes⁷³.

Olivecrona destaca la crítica que hace Bentham de los conceptos jurídicos fundamentales, pues en ella aparecen como entidades ficticias, lo que le permite remarcar la similitud que existe con la tesis de Lundstedt según la cual la creencia en la realidad de los derechos y los deberes es supersticiosa. Atribuye a Bentham la tesis de que como los derechos y deberes son ficticios, son causa de oscuridad en el Derecho, y producen confusión y absurdos⁷⁴. Sin embargo, a pesar de que para él derechos y deberes no son nada en absoluto, no son hechos empíricos—observa Olivecrona—, Bentham sostiene que son creados mediante los mandatos y prohibiciones del soberano, y se pregunta: «¿qué significa entonces crearlos si no son nada en absoluto?»⁷⁵.

⁷² *Ibid.*, p. 232.

⁷³ CRUZ, L., *Derecho y expectativa...*, *op. cit.*, pp. 271-273.

⁷⁴ BENTHAM, J., *Of Laws in General*, H. L. A. Hart (ed.), Londres, Athlone Press, 1970, p. 251.

⁷⁵ «Bentham's "Veil of Mystery"», p. 234. A propósito de las ficciones, conviene matizar que el propósito de Bentham al identificar ciertas nociones como entidades ficticias no es el de eliminarlas, sino clarificarlas. Mediante

La causa de esta inconsistencia está, a su juicio, en pensar que el lenguaje jurídico es exclusivamente un lenguaje enunciativo o informativo. Ahora bien—señala—, hay que tener en cuenta que, además de para informar, el lenguaje sirve para otras muchas cosas. Por lo que se refiere al lenguaje jurídico, éste tiene un carácter primordialmente directivo, ya que su función es dirigir la conducta de la gente. No se trata, pues, de un velo que oculte lo jurídico, «como las nubes cubriendo la haz de la tierra a los ojos del astronauta. Es parte integrante del sistema»⁷⁶. Por ello es primordial estudiarlo a fondo.

John Austin⁷⁷, alumno y amigo de Bentham, comete, en opinión de Olivecrona, el mismo error que su maestro al concebir las normas jurídicas como mandatos, que se componen de tres elementos; a saber: a) El deseo de otro haga algo o lo evite. b) Un daño o un perjuicio si tal deseo no es cumplido. c) Una intimación de palabra o por otros signos⁷⁸.

Pues bien, Olivecrona niega que un mandato consista en la expresión de un deseo. A su juicio, el fin del mandato no es in-

el método de la paráfrasis que propone el filósofo inglés se describe lo que sucede cuando alguien tiene un derecho o un deber, pero ésta no es una descripción avalorativa, sino que está orientada a conseguir que los conceptos jurídicos puedan ser utilizados en su proyecto reformador. *Cfr.* CRUZ, L., *Derecho y expectativa...*, *op. cit.*, p.279.

⁷⁶ *Ibid.*, pp. 234-235.

⁷⁷ Sobre este autor, *vid.* LF/II, pp. 121 ss.; 154 ss.; «The Imperative Element in the Law», *op. cit.*, pp. 795-6; «Legal Language and Reality», *op. cit.*, pp. 154 ss.

⁷⁸ AUSTIN, J., *The Province of Jurisprudence Determined*, Nueva York, Burt Franklin, 1861, reimpr. 1970, p. 9.

formar sobre los deseos del mandante, sino en hacer que el mandatario observe cierta conducta. Con el mandato no se dicen cosas, sino que se provocan acciones. Ello requiere un modo especial de lenguaje, cuyo estudio tiene más importancia que el que le concede Austin. Para el mando militar no es lo mismo decir: «¡Oh, me encantaría que marchaseis!», expresando de plano un deseo, que decir: «De frente..., ¡ar!», voz con la que da la orden pertinente, cosa completamente distinta a la primera. Mediante la orden se trata de ejercer una sugestión concreta sobre las personas⁷⁹.

En cuanto a la amenaza—opina—no es necesaria para la eficacia del mandato, pues en muchos casos es cumplido sin necesidad de que ella esté presente. Y si existe—añade—, existe fuera del mandato. El mandato, como tal, no está dirigido a provocar miedo, como sucede en el caso de la amenaza. Es un medio para influir directamente en la conducta de otra persona⁸⁰.

Por último, como consecuencia de lo anterior, no es necesaria ninguna intimación ni un poder ejecutivo en la persona que dicta el mandato. Lo importante—confirma el profesor de Lund—no es el poder subsidiario de sancionar, sino la capacidad de mover la voluntad de otros⁸¹.

2. La teoría alemana

Las condiciones en las que se desarrolló la teoría del derecho alemana—afirma Olivecrona—fueron otras. Aparte de la ine-

⁷⁹ «The Imperative Element...», p. 796.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ *Ibidem*.

xistencia en dicho país de un código tan reputado como el francés—aunque existía uno en Prusia desde 1794—, y la vigencia como Derecho común del Derecho romano en todos los Estados alemanes hasta la codificación, es importante observar que los juristas alemanes no estaban influidos por la filosofía empirista, sino por el idealismo postkantiano, particularmente por Hegel⁸².

Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) rechazaba la idea de un código común para los Estados alemanes, a la manera del francés. No creía que la perfección fuese alcanzable por medio de un código, ni que la aplicación de la ley fuera una tarea mecánica. En su conocido trabajo de 1814, que lleva por título *Von Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*⁸³, rechaza incluso la idea de que el Derecho positivo tenga su origen en los decretos del soberano: «El derecho progresa con el pueblo, se perfecciona con él, y por último precece cuando el pueblo ha perdido su carácter»⁸⁴. Para el jurista alemán, el Derecho se origina en la costumbre antes que en la ley: «El derecho

⁸² Sobre Hegel, *LF/II*, pp. 38-39; sobre Savigny y Puchta, *ibid.*, pp. 36-38, 80-81, 147. No obstante, del positivismo por así llamarlo germánico, el autor más citado por Olivecrona es Kelsen: *LF/I*, pp. 17 ss.; *LF/II*, pp. 113-114; 123; «Realism and Idealism...», *op. cit.*, pp. 124 ss. También se ocupa de Jhering al tratar del derecho subjetivo (*LF/II*, pp. 151 ss.); en cuanto al Derecho objetivo en Jhering, brevemente en «Jherings Rechtspositivismus...», *op. cit.*, pp. 174-175; sobre Windscheid, igualmente en relación con el derecho subjetivo, en *LF/II*, pp. 148-149.

⁸³ SAVIGNY, F. C., *Von Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Berlín, 1814. Existe versión castellana: *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del Derecho*, trad. de A. G. Posada, Buenos Aires, Heliasta, 1977.

⁸⁴ SAVIGNY, F. C., *De la vocación...*, *op. cit.*, p. 46.

se crea primero por las costumbres y las creencias populares, y luego por la jurisprudencia; siempre, por tanto, en virtud de una fuerza interior, y tácitamente activa, jamás en virtud del arbitrio de ningún legislador»⁸⁵.

A pesar de que Savigny ensayó una teoría no voluntarista del Derecho—destaca Olivecrona—, ésta no fue desarrollada en trabajos posteriores. En su obra sobre el Derecho romano⁸⁶ atribuye el origen del Derecho positivo al espíritu del pueblo, donde reside antes de su promulgación por el Estado⁸⁷. Es ésta una idea que, en opinión del profesor de Lund, Savigny tomó de Puchta⁸⁸, cuya obra tiene un carácter marcadamente voluntarista, y éste probablemente de Hegel, en cuya filosofía la teoría de la voluntad alcanza su culmen⁸⁹.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 48.

⁸⁶ SAVIGNY, F. C., *System des heutigen römischen Rechts*, Berlín, Veit und Comp., 1840. Existe versión castellana: *Sistema del Derecho romano actual*, trad. de J. Mesía y M. Poley, Madrid, Centro Editorial de Góngora, s. f.

⁸⁷ SAVIGNY, F. C., *Sistema del Derecho romano actual*, *op. cit.*, pp. 69-71.

⁸⁸ Cfr. PUCHTA, G. F., *Das Gewohnheitsrecht* (Erlangen, Polmschen, 1828), Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1965, pp. 133 ss.

⁸⁹ Esta afirmación de Olivecrona puede ser correcta por lo que se refiere a la expresión «espíritu del pueblo», pero en modo alguno lo es respecto de la idea de que el Derecho es expresión del espíritu o modo de ser de un pueblo, que está presente desde los primeros párrafos de SAVIGNY, F. C., *Von Beruf...*, *op. cit.*, obra escrita en 1814. Tampoco tiene razón, por tanto, BRIE, «Der Volksgeist bei Hegel und un der historischen Rechtsschule», en *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, 2 (1908-09), pp. 192-193, cit. en *LF/II*, pp. 38-39. En cualquier caso, la principal aportación hegeliana tanto al pensamiento de Puchta como al de Savigny es la idea de sistema (LARENZ, K., *Metodología de la ciencia del Derecho*, 4.^a ed. (1979), trad. de M. Rodríguez Molinero, Barcelona, Ariel, 1994, pp. 39-40).

Durante el s. XX predominó en Alemania la idea de que el Derecho era la voluntad del Estado, porque la conciencia general sólo se transformaba en ley a través de su promulgación por la voluntad del legislador. Para Jhering, la positividad y la realidad del Derecho residían en su carácter de expresión de una voluntad. Sólo mediante tal voluntad las ideas jurídicas se convertían en verdadero Derecho, por lo que el Estado constituía la única fuente de Derecho⁹⁰.

3. La teoría de la voluntad, denominador común

De su examen de las corrientes citadas, Olivecrona deduce que el positivismo jurídico está estrechamente vinculado a la teoría de la voluntad, cuyo origen está en la doctrina del Derecho natu-

⁹⁰ «Sólo son normas jurídicas las provistas con ese efecto [coactivo] por el Estado» (JHERING, R. von, *Der Zweck im Recht*, 4.^a ed., Leipzig, 1904, reimpr. Hildesheim, Georg Olms, 1970, p. 249).

Cfr. «Jherings Rechtspositivismus...», pp. 174-175. Olivecrona distingue, en suma, dos clases principales de positivismo jurídico: la que llama «naturalista», cuya principal intención es ofrecer una explicación puramente fáctica del Derecho, y la que denomina «idealista», que atribuye a la ley la propiedad ideal de ser obligatoria. La primera está representada en especial por Bentham y Austin, y se diferencia de la tradición alemana porque ésta identifica voluntad legisladora con voluntad general o voluntad del Estado. Los ingleses, sin embargo, hablan de la voluntad de los poseedores efectivos del poder. Otra diferencia consiste en que para los alemanes, las normas jurídicas no son solamente, como para los ingleses, dictados del poder apoyados por la fuerza, sino que poseen fuerza obligatoria en sentido tradicional (*LF/II*, p. 40). Señala Olivecrona el desconocimiento por parte de los juristas y filósofos alemanes de las teorías de Bentham y Austin hasta el fin del siglo XIX. Tal vez tendríamos que pensar que de haberla conocido habrían adoptado, al menos, sus principios epistemológicos.

ral, y que considera el Derecho positivo como puesto por una voluntad—la de Dios o la del hombre—. Esta voluntad—aclara Olivecrona—no ha de entenderse como una voluntad psicológica, sino más bien como una voluntad ficticia o metafísica⁹¹.

Esto carece, a su juicio, de sentido. Valdría hablar de la voluntad del pueblo—concede—en sentido figurado, como para resaltar el hecho de que ciertas normas han sido establecidas a través de los representantes del pueblo, y que, por basarse en el interés común, serían vinculantes para todos. Pero esta explicación tiene el problema de que la existencia de un procedimiento para expresar la voluntad del pueblo presupone el Derecho⁹².

Tampoco se puede salvar la teoría considerando que es voluntad de los miembros de la comunidad el mantener las leyes. Esto significaría—considera el profesor de Lund—que todo individuo estaría empeñado en la aplicación general de la ley, pero—señala—las leyes son cumplidas o aplicadas al margen de lo que el ciudadano esté pensando o haciendo⁹³.

El origen profundo de esta manera de pensar está constituido, a su juicio, por la creencia de que la voluntad es causa, a través del lenguaje, de los efectos jurídicos. En ella hay «cierta similitud—escribe—entre la visión de la doctrina del Derecho natural y la visión mágica. De acuerdo con ambas teorías, se

⁹¹ Ficción, metafísica, misticismo, absurdo, imposibilidad, inverosimilitud son las descalificaciones que emplea Olivecrona contra la teoría de la voluntad (vid. *LF/I*, pp. 47, 56; *GS*, pp. 66, 73). No obstante, la crítica a esta teoría ya había sido adelantada por HÄGERSTRÖM. («Is Positive Law an Expression of Will?», en *Inquiries into the Nature of Law and Morals*, op. cit., pp. 17-55).

⁹² «Realism and Idealism...», op. cit., p. 123.

⁹³ *Ibidem*.

dice que los derechos y deberes son “creados”, “transmitidos”, etc. a través de negocios jurídicos»⁹⁴.

No hay una definición de «magia» comúnmente aceptada. Sin embargo, se la suele equiparar—afirma Olivecrona—con la producción de efectos a través de ciertos medios exteriores—tales como los gestos o las palabras—, generalmente determinados a través de una fórmula. Si bien es necesaria la intención en este tipo de actos, su efectividad no viene dada por la voluntad, sino, precisamente, por dichos gestos o palabras. La diferencia entre la magia y la doctrina del Derecho natural, en opinión del profesor de Lund, está precisamente aquí. Según esta doctrina es la misma voluntad, y no los gestos o las palabras, la que tiene la virtud de alterar las situaciones jurídicas. También es verdad, y ésta es otra diferencia, que en la teoría del Derecho natural nada se dice acerca de un supuesto control de «fuerzas místicas»—como las producidas cuando se desataba la ira de los dioses—. En realidad, no se puede decir que la doctrina de Derecho natural sea de carácter mágico. Más aún, «la motivación más profunda para los profesores de Derecho natural—escribe Olivecrona—fuera quizás superar la visión mágica»⁹⁵.

Pero no parece que tal superación no parece que se consiguiera plenamente, ya que en ambos casos, los efectos producidos tenían carácter «suprasensible»⁹⁶. La causa—afirma—es histórica. En un principio no se distinguía claramente entre Derecho y magia. Es el caso del Derecho romano. La famosa *mancipatio*, para el profesor de Lund—y antes para Hägerström—,

⁹⁴ *LF/II*, p. 242.

⁹⁵ *Ibidem*.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 243.

no es sino un acto mágico⁹⁷. Una vez satisfechas todas las exigencias formales, tenía lugar la transformación de la situación jurídica del esclavo. Para ello, el adquirente debía pronunciar la fórmula *hunc ego hominem meum esse aio ex iure Quiritium*. Con esta fórmula, el adquirente no pretendía dar a conocer que el esclavo era suyo—que todavía no lo era—, sino algo más: *hacerlo suyo*⁹⁸.

Como explica el jurista sueco, esto fue cayendo en el olvido. Los efectos jurídicos dejaron de ser causados por medio de esta especie de ritos, y su lugar fue ocupado por la voluntad. Lo que producía los efectos ya no eran aquellas solemnidades, sino la voluntad del sujeto. Palabras y, hasta cierto punto, actos pasaron a ser únicamente el medio a través del cual el actor—ya fuera éste una de las partes del negocio, ya fuera el legislador—expresaba su voluntad⁹⁹.

4. La filosofía jurídica del s. XX

El positivismo jurídico asumió este voluntarismo, y por ello es necesario superarlo. Al mantener la teoría de la voluntad, los positivistas no consiguen reducir el fenómeno jurídico a una regularidad psicológico-social¹⁰⁰. El positivismo jurídico tradi-

⁹⁷ Sobre la naturaleza mágica de este acto, *vid.* «Zur Frage des magischen Charakters der älteren Rechtsvorstellungen», *op. cit.*

⁹⁸ *Ibid.*, pp. 5-6.

⁹⁹ *LF/II*, pp. 230-231. A pesar de la justificación que ofrece Olivecrona para fundamentar su tesis, resulta difícil de aceptar que los iuspositivistas hayan caído en un error tan notable al formular sus teorías con base en un planteamiento iusnaturalista que, además, tiene su origen en la creencia en la magia.

¹⁰⁰ «Realism and Idealism...», p. 124.

cional es una corriente «ambigua». Por un lado—dice Olivecrona—pretende separarse del Derecho natural; pero, por otro lado, contiene «un importante componente de idealismo». Con el fin de diferenciar el gobierno de la mera detentación de poder, se admite un «derecho del legislador a dictar normas»¹⁰¹. Pareciera que la teoría que hace descansar la autoridad en los poseedores efectivos del poder sería más realista. Sin embargo, para Olivecrona esta teoría no puede sostenerse consistentemente. Esta teoría presupone que dicho poder es independiente del Derecho, puesto que existe antes que él. Sin embargo, «es palmario—arguye el profesor de Lund—que los miembros del gobierno y del parlamento obtienen sus cargos de acuerdo con ciertas normas constitucionales; sus disposiciones se consideran vigentes porque la constitución así lo establece; su gobierno sería imposible sin el mantenimiento constante del Derecho civil y penal a través de los tribunales»¹⁰². Así, pues, dicho poder depende de la constitución y el respeto general con que ésta cuenta, y de la organización de la vida común a través del Derecho penal y privado. Por tanto, el sistema jurídico no está basado simple y llanamente en el poder de sus efectivos poseedores. Es necesario un derecho a legislar, y esto es idealismo.

¹⁰¹ Las normas jurídicas son obligatorias y crean derechos y deberes. Pero no son mandatos de una fuerza superior. No es posible que un mandato sea obligatorio si no existe un derecho a dictar mandatos, el cual no puede ser creado por quien los dicta. Ha de existir un principio superior e independiente, que sólo puede ser un principio de Derecho natural. El positivismo clásico es, por tanto, ambiguo y arrastra elementos idealistas en el sentido que Olivecrona atribuye a esta palabra («Realism and Idealism...», *op. cit.*, pp. 124 y 125).

¹⁰² *Ibid.*, p. 123.

Agrupamos a continuación diversas teorías recientes, incluyendo el conocido retorno del Derecho natural tras la II Guerra Mundial, a las que Olivecrona hace referencia y que no encajan—en el caso del Derecho natural esto es obvio—dentro de los moldes del positivismo clásico tal y como lo entiende Olivecrona.

a) La doctrina pura de Kelsen

La doctrina pura de Hans Kelsen (1881-1973), en opinión del profesor de Lund, está a medio camino entre realismo e idealismo¹⁰³. Es ultrapositivista—y por tanto idealista—porque refiere todas las normas jurídicas «al legislador supremo»¹⁰⁴. Pero lo

¹⁰³ Para él, una teoría realista del Derecho es la que lo explica como mero hecho, mientras que una teoría idealista lo explica en función de categorías meramente ideales y subjetivas, tales como la deber, voluntad del legislador, derecho subjetivo y otras («Realism and Idealism», pp. 123-124). Sobre Kelsen, *vid. LF/I*, pp. 17 ss.; *LF/II*, pp. 113-114, 123; «Realism and Idealism...», pp. 124 ss.

¹⁰⁴ Esto es discutible, porque Kelsen habla más bien de *norma suprema*, no de legislador supremo (KELSEN, H., *Reine Rechtslehre*, (2.^a ed., Viena, 1960), reimpr. Viena, Österreichische Staatsdruckerei, 1992, pp. 45 ss. y 196 ss.). Por eso es discutible que sea voluntarista en el sentido que le da Olivecrona, al menos en ciertos momentos. Para Kelsen, afirmar que el Derecho sea la «voluntad» del Estado es «una metáfora con la que no se dice más que el Estado es la sociedad constituida por el orden jurídico, y que la persona del Estado es la personificación de ese orden jurídico» (KELSEN, H., *Reine Rechtslehre*, 2.^a ed., *op. cit.*, p. 307). Por eso, cuando habla de «voluntad del Estado», lo hace entre comillas (*ibid.*, p. 336). En otro lugar dice: «una “norma” es una regla que expresa el hecho de que alguien debe proceder de cierta manera, sin que esto implique que otro realmente “quiera” que el primero se comporte de tal modo» (KELSEN, H., *Teoría general del Derecho y del Estado*, trad. de E.

que lo aleja más del realismo es que admite también la noción de deber, con lo que no acoge una explicación facticista del Derecho, si bien Olivecrona reconoce que no hace derivar el deber de principios de Derecho natural¹⁰⁵.

Kelsen sostiene que el *Sollen* es un deber propio de lo normativo, y forma un mundo separado. El *Sein* se opone al *Sollen* porque aquél está dominado por la necesidad, mientras que el deber se encuentra su lugar allí donde hay libertad¹⁰⁶. A pesar de ello, mantiene la pretensión de cientificidad de su metodología, porque su interés se centra exclusivamente en el conocimiento del Derecho positivo—que considera el Derecho «real»—frente a un supuesto Derecho «ideal»: «Como teoría—escribe Kelsen—pretende única y exclusivamente conocer su objeto. Trata de responder a la pregunta acerca de qué y cómo es el Derecho, pero no a la pregunta de cómo deber ser o cómo debe ser hecho. Es ciencia jurídica, no ciencia política»¹⁰⁷.

Lo que distingue especialmente a la teoría pura del Derecho es, para Olivecrona, su aspiración a eliminar del análisis jurídico todo elemento extraño al Derecho, es decir, todo elemento precedente tanto del mundo de la ética, como de los hechos de la

G. Máynez, México, UNAM, 1995, p. 41. La versión original lleva por título *General Theory of Law and State*, Universidad de Harvard, 1945).

¹⁰⁵ Los positivistas rechazan en general el Derecho natural. Otra cosa es que, en opinión de Olivecrona, no sea lógicamente tan fácil prescindir de él, como acabamos de ver.

¹⁰⁶ KELSEN, H., *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (2.^a ed., Tubinga, 1923), reimpr. Aalen, Scientia, 1984, pp. 5 ss.

¹⁰⁷ KELSEN, H., *Reine Rechtslehre*, 2.^a ed., *op. cit.*, p. 1. Cfr. «Realism and Idealism», pp. 124 a 125.

vida social y del mundo natural en general¹⁰⁸. El interés que para el profesor de Lund tiene esta teoría radica en su empeño por llevar hasta sus últimas consecuencias la asunción de la idea de fuerza obligatoria del Derecho, lo que lleva al profesor de Viena a distinguir nítidamente entre Derecho y hecho¹⁰⁹.

Es verdad—reconoce Olivecrona—que, tratada coherentemente la cuestión de la obligatoriedad, necesariamente nos transporta a otro mundo, el del deber ser. Pero en la vida real—afirma—lo único que encontramos es el efecto de una norma jurídica sobre la conducta. Tanto las palabras de la ley como su efecto en la mente del juez o del ciudadano son hechos físicos o psíquicos¹¹⁰.

Para Kelsen, el efecto de una norma jurídica es totalmente distinto. Ella establece la conexión de dos hechos mediante una relación de deber: «si es A, debe ser B»¹¹¹. Aunque el jurista checo admite que las acciones de los jueces están provocadas por ciertas causas, esto para él—aclara Olivecrona—sólo son «ciertos procesos paralelos de la naturaleza»¹¹². «La teoría pura del Derecho [...] centra su atención en las normas jurídicas: no en los hechos, esto es, no en el querer o en las representaciones de las normas jurídicas, sino en las normas jurídicas como contenidos significativos [*Sinngehalte*] queridos o representados»¹¹³.

¹⁰⁸ KELSEN, H., *Reine Rechtslehre*, 2.^a ed., *op. cit.*, p. 1.

¹⁰⁹ *LF/I*, pp. 17-18.

¹¹⁰ *Ibid.*, pp. 19-20.

¹¹¹ KELSEN, H., *Reine Rechtslehre*, 2.^a ed., *op. cit.*, p. 93.

¹¹² *Ibid.*, p. 108.

¹¹³ *Ibidem*.

A juicio de Kelsen, la validez de la norma jurídica equivale a su existencia y depende, a su vez, de una norma superior, la cual concede a cierto órgano la facultad de dictarla. Al mismo tiempo, esta norma superior obtiene su validez de otra norma superior, y así sucesivamente, hasta llegar a la norma fundamental, «hipótesis última» del positivismo jurídico¹¹⁴. Se supone—apostilla el profesor de Lund—que el primer legislador fue históricamente facultado para dictar la constitución originaria¹¹⁵.

La validez de la norma fundamental—observa—es un postulado necesario desde la perspectiva del positivismo jurídico. Su validez, empero, no deriva de un acto jurídico emitido por órgano alguno según cierto procedimiento. Se presupone porque, de otro modo, ningún acto sería jurídico¹¹⁶. Sin embargo, no hay razón que pueda ser aducida en favor de la validez de la norma fundamental. Por tanto—concluye—, «todo el edificio teórico se desmorona, pues carece de base»¹¹⁷.

En definitiva, en opinión de Olivecrona, el propósito inicial de la teoría pura del Derecho de ofrecer una explicación de la verdadera naturaleza del Derecho, al margen tanto del positi-

¹¹⁴ *Ibid.*, pp. 196 ss.

¹¹⁵ *LF/II*, p. 113. En Kelsen no es necesariamente un problema histórico, porque un golpe de Estado o una revolución rompen la sucesión histórica y dan lugar a verdaderos ordenamientos, aunque cambiando la norma fundamental (KELSEN, H., *Reine Rechtslehre*, 2.^a ed., pp. 213-215). Sin embargo, puede entenderse ese «primer legislador» de que habla Olivecrona como cualquier legislador que en un momento histórico determinado instaura un régimen y éste es considerado como válido.

¹¹⁶ KELSEN, H., *Reine Rechtslehre*, 2.^a ed., pp. 200 ss.

¹¹⁷ *LF/II*, p. 114; asimismo, en «Realism and Idealism...», p. 128.

vismo clásico como del iusnaturalismo¹¹⁸, no se alcanza satisfactoriamente.

b) La recidiva iusnaturalista

Por el lado idealista, tras la II Guerra Mundial, el iusnaturalismo volvió a emerger con fuerza¹¹⁹. Su triunfo fue preparado por la crítica del positivismo jurídico en dos frentes principales: el de los principios de la interpretación y el de la fuerza obligatoria de la ley¹²⁰.

En lo que se refiere a la interpretación, Olivecrona señala cómo la codificación supuso la abolición del recurso al Derecho natural en caso de insuficiencia u oscuridad de la ley. El único fin de esta actividad pasó a ser la determinación de la voluntad del legislador. Esto tuvo lugar en Francia y en Alemania, y dio

¹¹⁸ «Realism and Idealism...», p. 128. Sin embargo, no es claro que la teoría pura del Derecho pretenda superar el positivismo jurídico clásico. *Cfr.* LARENZ, K., *Metodología de la ciencia del Derecho*, *op. cit.*, p. 91. El propio Kelsen dice en el prólogo a la 1.ª ed. de la *Reine Rechtslehre* que su teoría puede ser considerada como «un desarrollo de tesis que ya se anuncian en el positivismo jurídico del s. XIX» («Vorwort zur ersten Auflage», en KELSEN, H., *Reine Rechtslehre*, 2.ª ed., *op. cit.*, p. III). Si bien es verdad, como hemos señalado, que Kelsen rechaza la existencia de una voluntad tras las normas, por lo que, desde este punto de vista, la teoría pura del Derecho no casa bien con el positivismo jurídico interpretado, como hace Olivecrona, en sentido voluntarista.

¹¹⁹ «Realism and Idealism...», pp. 125-126.

¹²⁰ *LF/II*, pp. 43-47.

origen, respectivamente, a la Escuela de la exégesis y a la jurisprudencia conceptual¹²¹.

Sin embargo—comenta el profesor de Lund—, pronto comenzaron las críticas, las cuales mostraron que la interpretación era algo más que la determinación de la voluntad del legislador. Se mostró que aun disponiendo de todos los materiales que indican cuál hubiera sido la voluntad del legislador, muchas cuestiones quedaban todavía sin resolver. Un nuevo principio de interpretación era necesario¹²². En Francia, la crítica más «penetrante y exhaustiva» contra este modelo de interpretación fue llevada a cabo François Geny (*Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1899), el cual mostró el carácter ilusorio del principio que exigía elucidar la voluntad del legislador. Su conclusión fue que había que retomar el Derecho natural¹²³.

En Alemania—observa Olivecrona—, la flamante jurisprudencia de conceptos fue tempranamente combatida por Jhering. Posteriormente recibió los embates de la jurisprudencia de intereses de Philipp Heck y otros, amén del movimiento del Dere-

¹²¹ *Ibid.*, p. 43. La alusión a la jurisprudencia de conceptos parece aquí inoportuna, porque, como expone Puchta, las lagunas se colman estableciendo la conexión orgánica entre las normas jurídicas, lo cual supone sacar a la luz normas que, «ocultas en el espíritu del Derecho nacional, ni han aparecido en la convicción inmediata de los miembros del pueblo y en sus acciones, ni en los veredictos del legislador» (PUCHTA, G. F., *Cursus der Institutionen* (Leipzig, 1841), Goldbach, Keip, 1997, p. 36).

¹²² *LF/II*, p. 44. Aquí Olivecrona es parco, y no señala las cuestiones que quedarían por resolver, salvo la cuestión de la voluntad de quienes redactaron el proyecto.

¹²³ *Ibidem*.

cho libre, que estaba teñido de ideas iusnaturalistas. No obstante, los éxitos de estos ataques fueron mucho menores que en Francia. La ciencia jurídica alemana—señala—se mantuvo firme en su positivismo¹²⁴.

El otro punto débil del iuspositivismo, el referente a la fuerza obligatoria del Derecho, se puso de manifiesto, con gran crudeza, a raíz de la II Guerra Mundial. Resultaba muy difícil de aceptar «para la visión popular» que el poder del Estado fuera ilimitado, que uno tuviera que obedecer cualquier dictado suyo¹²⁵. La «opinión pública» no podía admitir algo así. Esta es una cuestión que no presentó mayor problema durante el período de calma que se disfrutó durante la última parte del siglo XIX y principios del XX. Con la emergencia de los Estados totalitarios, sin embargo, la situación quedó profundamente alterada. «Aquellos derechos naturales que se creían asegurados como parte integrante de nuestra civilización—escribe—fueron conculcados por un régimen tras otro. Entonces, la fractura entre el positivismo idealista y la visión popular se hizo evidente»¹²⁶.

No obstante—advierte—, aunque todos los positivismos en general—tanto el naturalista inglés, como el idealista alemán—han sufrido la misma crítica, aquél, el inglés, no la merece tanto, pues su concepto de obligatoriedad hace referencia únicamente a la existencia de una sanción para el caso de incumplimiento. A pesar de ello, esta crítica contribuyó grandemente al declive de

¹²⁴ *Ibid.*, p. 45.

¹²⁵ Olivecrona tiene cuidado de hacer notar que dicha inaceptabilidad lo es para la opinión pública, dejando aparte el juicio científico o ético.

¹²⁶ *LF/II*, p. 46.

todo el positivismo jurídico y su sustitución por el Derecho natural¹²⁷.

El jurista nórdico distingue dos clases o categorías de Derecho natural. La primera es la que llama «categoría religiosa»¹²⁸. En un simposio que tuvo lugar en Viena en 1962—observa—, todos los participantes, con la excepción de Kelsen, llegaron a la conclusión de que no podía sostenerse una posición iusnaturalista sin basarla en último término en Dios. Pero esto, para él, no es científico. Además—opina—, la teoría es incorrecta desde su propio punto de vista. Si hay acciones que son *mala per se*, es decir, cuya maldad depende de la naturaleza humana y no de Dios, como pensaban Grocio y otros, entonces el Derecho natural es independiente de la voluntad de Dios. Por tanto—escribe Olivecrona—, es «autocontradictorio» hacer al mismo tiempo de la naturaleza y de Dios las bases del Derecho natural¹²⁹.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 47. Una última aclaración conviene hacer. En la 2.^a edición de *Law as fact*, Olivecrona en ningún momento valora ni positiva ni negativamente los sistemas totalitarios. Lo que se desprende del tratamiento que da al tema es que se trata de una cuestión acientífica, que ha suscitado grandes dosis de «emoción» (p. 47), y sólo apta para la «visión popular», para la cual «parecen ser» estos regímenes «especialmente odiosos», pero nada tiene que decir al respecto un estudio serio y riguroso del Derecho («Realism and Idealism», p. 126). Olivecrona pretende realizar aquí una observación fría de los hechos... Y, en efecto, lo consigue.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 48.

¹²⁹ *Ibidem*. Esto puede ser verdadero o falso, pero no parece realmente autocontradictorio. Como Olivecrona mismo explica (*vid. supra* ep. I.1.c), el recurso al fundamento divino es inevitable desde la perspectiva iusnaturalista si se quiere evitar la violación de la ley de Hume. A partir de la naturaleza social del hombre *simpliciter* no pueden formularse juicios deónticos. Es preciso un legislador. No puede haber contradicción entre naturaleza y vo-

Por lo que se refiere, en segundo lugar, al «método clásico de deducir reglas de tendencias reales de comportamiento», éste ha quedado, a su juicio, «patentemente obsoleto». Por ello no le dedica más atención¹³⁰.

La exposición de Olivecrona concluye señalando lo que de común tienen las distintas teorías actuales de Derecho natural. En su opinión, todas presuponen erróneamente que las normas jurídicas crean derechos y deberes en el sentido usual de estas palabras. Se niega que un derecho sea un mero poder descarnado. Por otro lado, se evita entender el deber como la situación de estar expuesto a una sanción en caso de incumplimiento. Se pretende que la sanción es consecuencia y está justificada por la existencia de un deber anterior que se ha incumplido¹³¹.

En último extremo, el problema fundamental—afirma Olivecrona—viene a ser el mismo que afrontaron los iusnaturalistas clásicos modernos ; a saber: encontrar una explicación de la fuerza vinculante del derecho, algo que justifique la existencia de derechos y deberes. Pero mientras los iusnaturalistas clásicos referían su explicación a Dios o a ciertas inclinaciones, los autores actuales hablan de «valores últimos». Sin ellos, se dice, el Derecho no es verdadero Derecho, y no ha de ser obedecido¹³².

luntad divina si aceptamos que Dios ha creado al hombre. Éste es un modo peculiar de legislar. El otro sería, de acuerdo con lo que se expuso, un acto de legislación positiva ulteriormente revelado a los hombres.

¹³⁰ *Ibidem*.

¹³¹ *Ibid.*, p. 49.

¹³² *Ibidem*. Sobre la fuerza vinculante, *vid.* cap. VII del presente trabajo. Sobre los valores, *vid.* cap. VIII.

Olivecrona no entra a criticar esta «nueva» manera de ver las cosas¹³³.

c) Hacia una ciencia realista del Derecho

Si la insatisfacción generada por el positivismo jurídico tradicional provocó, por un lado, el renacer del Derecho natural, por otro lado alentó diversos intentos de ir más allá por la vía del realismo y lo rigurosamente científico. Existe un grupo de teorías no voluntaristas que Olivecrona agrupa bajo la etiqueta de realistas. Entre ellas «apenas hay algo en común aparte del rechazo de la tesis voluntarista»¹³⁴. Ello le obliga a agrupar dentro de esta categoría teorías tan diversas como las de O. W. Holmes, Ross o H. L. A. Hart, por lo que ha sido tachada por algún autor como «muy poco satisfactoria»¹³⁵. No obstante, además del realismo jurídico escandinavo, puede apreciarse tres grandes bloques: el realismo jurídico americano, el positivismo psicológico y sociológico ruso y la ciencia jurídica analítica de Hart.

¹³³ En general, el tratamiento que hace del iusnaturalismo tras la Guerra es muy somero. Solamente hay citas de un artículo sobre historia de la filosofía del Derecho de Villey, una cita, a través de Henkel, de la expresión «Derecho correcto» de Stammler, más otra de un artículo crítico sobre la objetividad de los valores de H.-U. Evers y del libro de Fuller, *The Morality of Law* (*ibid.*, p. 50), pero se entiende su distanciamiento si se tiene presente su negación del conocimiento moral. La única consideración crítica que hace se refiere a que estos iusnaturalistas también entienden el Derecho positivo como puesto por el Estado. A partir de ahí, considera que el debate actual se centra en las condiciones bajo las cuales el Derecho (positivo) es Derecho real y hábil para conferir derechos e imponer deberes (*ibidem*).

¹³⁴ «Jherings Rechtspositivismus...», p. 176.

¹³⁵ JORI, M., «Karl Olivecrona e il problema della scienza», *op. cit.*, p. 742.

a') El realismo jurídico americano

El primer bloque está constituido por aquellas teorías que comúnmente se integran en el movimiento denominado realismo jurídico americano. Este movimiento presenta diversas similitudes con su homónimo escandinavo. Es significativo que, en ambos casos, por exigencias científicas, se denuncie la presencia en el lenguaje jurídico de elementos metafísicos¹³⁶. En palabras de F. S. Cohen, «toda palabra que no pueda ser pagada en moneda de hechos, en caso de demanda, ha de ser declarada en bancarrota»¹³⁷. En el mismo sentido, O. W. Holmes afirma que «debemos traducir constantemente nuestras palabras en los hechos que representan si hemos de mantenernos en lo real y la verdad»¹³⁸.

Las relaciones jurídicas son explicadas en los mismos términos facticistas. Pero aquí las diferencias con el realismo nórdico emergen. Para A. L. Corbin, afirmar la existencia de una relación jurídica entre dos sujetos equivale a la predicción de lo que la sociedad, actuando por medio de sus órganos judiciales o agentes ejecutivos, hará o dejará de hacer en favor de uno y en

¹³⁶ «Legal Language and Reality», *op. cit.*, p. 156.

¹³⁷ COHEN, F. S., «Transcendental Nonsense and the Functional Approach», en *Columbia Law Review*, 35 (1935), p. 823, citado en «Legal Language...», p. 156. Análogamente, Llewellyn afirma que los realistas «quieren el Derecho para tratar [...] con cosas, con gente, con hechos tangibles, con relaciones tangibles, determinadas y observables, no sólo con palabras [...]» (LLEWELLYN, K. N., «Some Realism about Realism. Responding to Dean Pound», en *Harvard Law Review*, 44 (1930-31), p. 1223).

¹³⁸ HOLMES, O. W., «Law in Science and Science in Law» (en *Harvard Law Review* 12 (1899), reimpr. en *The Collected Works of Justice Holmes*, vol. 3, Universidad de Chicago, Chicago, 1995, p. 418).

contra de otro¹³⁹. La teoría de la predicción es característica del realismo americano. Olivecrona se detiene a considerarla.

Según él, esta teoría puede ser entendida de dos maneras. En primer lugar, cabe interpretarla como una explicación de los conceptos tradicionales de derechos y obligaciones. En este sentido, lo que queremos decir cuando afirmamos que alguien tiene un derecho o una obligación es que, bajo ciertas condiciones, los órganos de justicia y los órganos ejecutivos del Estado probablemente harán algo en su favor o en su contra.

Olivecrona no está de acuerdo con esta interpretación. A su juicio, lo que ocurre cuando afirmo tener un derecho es simplemente que estoy legitimado para interponer una demanda. Y si es probable que la gane es, *precisamente porque tengo un derecho*. Es decir, el derecho es la *causa* de que se falle en mi favor. Lo que hace el abogado cuando defiende a su cliente no es predecir lo que el órgano jurisdiccional decidirá, sino convencerlo de la existencia de un derecho en favor de su cliente. Y lo que hace el órgano jurisdiccional cuando estima una demanda no es predecir qué es lo que otros órganos harán en el futuro, sino adjudicar un derecho al demandante. En consecuencia, esta tesis no sirve¹⁴⁰.

En segundo lugar, cabe explicar las nociones de derechos y obligaciones a través de la determinación de los hechos empíricos que es posible encontrar cuando existe un derecho o una obligación atribuidos a una persona. Con este método, encon-

¹³⁹ CORBIN, A. L., «Legal Analysis and Terminology», *Yale Law Journal*, 29 (1919), pp. 163 ss., citado en «Legal Language...», p. 158.

¹⁴⁰ *Ibidem*.

tramos el siguiente hecho: si la persona obligada no cumple con su obligación, probablemente será sancionada; mientras que el titular del derecho posiblemente obtenga una resolución favorable¹⁴¹. Pues bien, frente a esta teoría, Olivecrona opone las siguientes consideraciones. Por una parte, no tiene en cuenta el papel que los conceptos tradicionales de derechos y obligaciones desempeñan. Como luego se verá con más detalle, si bien se trata de conceptos semánticamente vacíos, sirven de signo en determinadas relaciones jurídicas¹⁴². Por otra parte, la práctica obliga a establecer numerosas condiciones a cualquier afirmación acerca de lo que los jueces harán, pues esto depende de muchas condiciones o circunstancias¹⁴³. Finalmente, la posibilidad de un juicio favorable para el actor se valora justamente sobre la base del conocimiento de la ley. Pero la ley, cuando establece derechos y obligaciones, no predice las acciones probables de los juzgados o tribunales, sino que se dirige a imponer cierta conducta en ellos. Ellos deciden sobre derechos y obligaciones en sentido tradicional. Las decisiones de los tribunales no son decisiones acerca del futuro comportamiento de los tribu-

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 159.

¹⁴² *Vid.* cap. IV, ep. I-III de este mismo trabajo.

¹⁴³ «Habrá muchos “sies” [en el sentido de condicionantes] aun en el simple supuesto de una deuda pecuniaria: si se plantea una pretensión en un tribunal en el modo correcto, si ciertos testigos dicen la verdad, si el tribunal cree que dicen la verdad, si éste actúa según las pruebas practicadas, si interpreta correctamente la ley, etc.; el fallo será contrario a B y favorable a A; si, además, es posible embargar bienes pertenecientes a B, etc., estos bienes serán ejecutados y vendidos, y del producto [de su venta] una cantidad de dinero le será dada a A. En el caso del derecho de propiedad, los “sies” se multiplicarán varias veces, y la acción del tribunal será de muy diferentes maneras» (*ibidem*).

nales¹⁴⁴. Por último, en la teoría en cuestión se equipara el Derecho con lo que los jueces harán, pero resulta que un juzgado o un tribunal «son uno o más jueces adscritos a su función por medio de un procedimiento *jurídico*»¹⁴⁵. Jueces y tribunales no sostienen el mundo del Derecho sobre sus hombros, sino que ellos mismos están dentro del sistema jurídico¹⁴⁶.

La conclusión que extrae el profesor de Lund es que no se puede eliminar las nociones tradicionales de la ciencia jurídica, porque éstas tienen su lugar dentro del contexto de la realidad social. Lo que hay que hacer, por tanto, es más bien descubrir ese contexto¹⁴⁷.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 160.

¹⁴⁵ *Ibidem*.

¹⁴⁶ *Ibidem*.

¹⁴⁷ *Ibid.*, pp. 159-160. El profesor estadounidense M. Martin establece varias objeciones a la crítica de Olivecrona. Señala, en primer lugar, que no todos los realistas americanos definieron el Derecho como predicciones acerca de lo que los jueces probablemente harán. Y, en segundo lugar, que aquellos que aceptaron esta teoría lo hicieron por razones pragmáticas. A su juicio, no es una teoría característica del realismo americano, porque «su intención no era captar el sentido original de las expresiones jurídicas en términos de realidades, sino proponer una definición programática del Derecho para ciertos fines. Los realistas americanos, por tanto, para Martin, no propusieron su definición como un sustitutivo de una expresión sin significado» (MARTIN, M., *Legal Realism: American and Scandinavian*, op. cit., pp. 138-139). Efectivamente, la definición del Derecho en términos de predicciones no es de un realista, sino de Holmes, que es un autor que influye en los realistas, pero que es casi medio siglo anterior. Entre los realistas se suele citar a K. N. Llewellyn, J. W. Bingham, J. Frank, H. Oliphant y F. S. Cohen (Cfr. FASSÒ, G., *Historia de la filosofía del Derecho*, trad. de J. F. Lorca Navarrete, Pirámide, Madrid, 1988, p. 223). Sobre el realismo norteamericano y sus prece-

b') Positivismo psicológico y sociológico ruso

Otro grupo de teorías realistas y no metafísicas son las teorías de los ya mencionados Leon Petrazhitsky, Pitirim Sorokin y Nicholas S. Timasheff¹⁴⁸. Por su similitud, agrupa las teorías de los dos primeros, de tendencia psicologista, y trata aparte la teoría de Timasheff, de carácter más sociologista¹⁴⁹.

dentes, cfr. GARCÍA RUIZ, L., *Derecho, intereses y civilización. El pensamiento jurídico de Roscoe Pound*, Comares, Granada, 2002, pp. 37-43.

¹⁴⁸ Vid. cap. I, ep. II.5 de este mismo trabajo.

¹⁴⁹ Olivecrona publicó un extenso artículo sobre las teorías de estos autores en: «Is a Sociological Explanation of Law possible?», *op. cit.*, pp. 167-207. En la bibliografía destacan la citada PETRAZHITSKY, L., *Law and Morality*, *op. cit.*; TIMASHEFF, N. S., *Introduction to the Sociology of Law*, *op. cit.*, y SOROKIN, P., *Contemporary Sociological Theories*, Nueva York, Harper & Brothers, 1928. Como en 1948, cuando escribió este artículo, las obras de Petrazhitsky, según dice Olivecrona, sólo estaban en ruso, tiene que recurrir a fuentes indirectas. Como anticipamos (cap. I, ep. II.5), Timasheff echa en cara a Olivecrona que, a pesar de no tener acceso directo a la obra del profesor ruso, hubiera escrito este trabajo («Introduction», *op. cit.*, p. xxxv). Sin embargo, Olivecrona responde, una vez aparecida la edición inglesa de 1955, que se ratifica en la corrección de todo lo que escribió sobre Petrazhitsky en 1948 a través de fuentes indirectas (*LF/II*, p. 82). Efectivamente, las referencias que hace Olivecrona a Petrazhitsky en el citado artículo de 1946 son indirectas. Las que siguen a continuación son citas directas que extraemos de PETRAZHITSKY, L., *Law and Morality*, *op. cit.*, al igual que lo son las citas que extraemos de TIMASHEFF, N. S., *Introduction to the Sociology of Law*, *op. cit.*, y las extraídas de SOROKIN, P., *Contemporary Sociological Theories*, *op. cit.* y «The Organized Group (Institution) and Law-Norms», en *Interpretations of Modern Legal Philosophy: Essays in Honor of Roscoe Pound*, *op. cit.*, pp. 668-695.

Las coincidencias con ciertos postulados defendidos por Olivecrona son notables. No obstante es difícil afirmar que Olivecrona se hubiera inspirado en ellos, ya que la primera vez que aparecen citados es en este artículo de 1948, mientras que Olivecrona elabora su teoría del Derecho en 1939. Por otro lado, Hägerström tampoco los cita, siendo muy probable que no los conociera. Considera Timasheff que los escandinavos no tuvieron acceso directo a los trabajos de Petrazhitsky, por lo que estamos ante un caso de convergencia de pensamiento¹⁵⁰. Veamos hasta dónde se extiende dicha convergencia.

En cuanto a las teorías de Petrazhitsky y Sorokin, sus principales afirmaciones pueden resumirse, a juicio de Olivecrona, del siguiente modo.

1.º) Para Petrazhitsky, los fenómenos jurídicos son «procesos psíquicos especiales»¹⁵¹, por lo que su pretensión es tratar de observarlo (la observación es, a su juicio, «el método fundamental para estudiar los fenómenos») por medio de la introspección¹⁵². Podemos encontrar alguna idea similar en el profesor de Lund, cuando dice que «el Derecho de un país consiste en una inmensa masa de ideas acerca del comportamiento humano»¹⁵³. Por lo que se refiere a la introspección, Olivecrona no la propone, pero la aplica explícitamente en su estudio sobre el papel del temor en la obediencia a las normas jurídicas¹⁵⁴.

¹⁵⁰ TIMASHEFF, N. S., «Introduction», *op. cit.*, pp. xxxiv-xxxv.

¹⁵¹ PETRAZHITSKY, L., *Law and Morality*, *op. cit.*, p. 8.

¹⁵² *Ibid.*, pp. 12-13.

¹⁵³ *LF/I*, p. 48.

¹⁵⁴ *Cfr. ibid.* p. 146 y *GS*, p. 143.

2.º) Según Petrazhitsky, somos incapaces de encontrar algo que se corresponda con la propiedad, las obligaciones, los derechos, o similares, en los tratos externamente observables en los hombres a quienes los atribuimos; o en su entorno, o en general, en el espacio. En consecuencia, estos fenómenos solamente pueden existir en el mundo interior o psíquico del hombre¹⁵⁵.

Análogamente, el profesor de Lund afirma que no es posible hallar en un examen empírico realidad alguna que se corresponda con las nociones jurídicas: «es obvio que los derechos y deberes, así como las propiedades jurídicas y facultades no pertenecen al mundo sensible, el mundo de los hechos»¹⁵⁶. Su realidad únicamente es subjetiva. «La “fuerza obligatoria” del Derecho—escribe—es realidad únicamente en tanto que idea en la mente humana. No hay nada en el mundo exterior que se corresponda con esta idea»¹⁵⁷. Lo mismo sucede con el derecho subjetivo, que, a juicio de Olivecrona, «es algo creado por el título. Se sitúa entre el título y la sentencia, y forma el fundamento inmediato de ésta. Es difícil describir qué sea esta cosa intermedia. *Pero ciertamente existe sólo en la imaginación*»¹⁵⁸.

3.º) A juicio de Sorokin, el Derecho tiene un carácter previo respecto del Estado. Antes de él existían clanes, tribus y otros grupos similares, pero su vida también era regulada por el Derecho. Sería absurdo pensar que no hubieran tenido normas jurídicas. En cambio, sin Derecho, el Estado es impensable. Si el Estado es una nación organizada, y las normas jurídicas le pre-

¹⁵⁵ PETRAZHITSKY, L., *Law and Morality*, op. cit., pp. 8 ss.

¹⁵⁶ «Legal Language and Reality...», p. 152.

¹⁵⁷ *LF/I*, p. 17.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 89. Cursiva añadida.

existen. En caso contrario, ni los límites del Estado, ni el gobierno, ni sus acciones serían jurídicas, y no sería posible saber qué normas de las promulgadas por tal o cual grupo dentro del Estado serían jurídicas¹⁵⁹. Pues bien, este mismo argumento es utilizado por Olivecrona cuando afirma, por la misma razón, que «las normas sobre las que se funda la organización estatal son precisamente las normas que denominamos normas jurídicas»¹⁶⁰.

4.º) Considera Petrazhitsky el Derecho es una experiencia psíquica imperativo-atributiva, que se compone de una emoción específica (elemento emotivo) y una idea de cierto patrón de conducta (elemento ideal) en los sujetos de Derecho¹⁶¹. Así lo ve también el profesor de Lund: «para empezar, hay que distinguir dos elementos en una norma: el ideal y el imperativo»¹⁶². Mientras que el primero—afirma Olivecrona—consiste en un «patrón de conducta representado en la imaginación y fijado en el texto», el segundo sirve para «transmitir la impresión de que esta acción tiene que, o debe ser cumplida»¹⁶³.

¹⁵⁹ SOROKIN, P., «The Organized Group (Institution) and Law-Norms», *op. cit.*, p. 669. Por otro lado, para Sorokin el Derecho no puede equipararse a las disposiciones de la autoridad suprema porque, en muchos casos, ha evolucionado a través de los órganos judiciales. Tampoco puede ser expresión de la voluntad del pueblo porque, tanto hoy como ayer, muchas leyes han sido dictadas sin consultar con él (*ibidem*).

¹⁶⁰ GS, pp. 27-28.

¹⁶¹ PETRAZHITSKY, L., *Law and Morality*, *op. cit.*, p. 60.

¹⁶² «The Imperative Element in the Law», *op. cit.*, p. 794.

¹⁶³ *Ibidem*.

5.º) En opinión de Petrazhitsky y Sorokin, una obligación no es más que un impulso psíquico; de tal manera que la obediencia al Derecho ni siquiera viene dada por consideraciones utilitaristas. Es una «motivación interior» la que determina que miles de personas se abstengan de matar y de robar¹⁶⁴. Para el profesor de Lund, la única función de palabras como «deber» y otras similares «es operar en las mentes de las personas, dirigiéndolas a hacer u omitir esto o aquello»¹⁶⁵; a su juicio, «nos inhibimos de cometer crímenes principalmente porque estos actos se nos aparecen como malos»¹⁶⁶; así, «la causa por la que la gente generalmente paga sus deudas, cumple sus contratos, etc. no es primariamente el temor a las sanciones que se siguen»¹⁶⁷.

6.º) Por último, Petrazhitsky distingue entre un Derecho «oficial» y un Derecho «no oficial»¹⁶⁸, lo que recuerda bastante a la distinción que efectúa el profesor de Lund entre modos formales de producción jurídica y modos informales¹⁶⁹.

Examinadas las que son, a juicio del profesor sueco, las tesis principales de Petrazhitsky y Sorokin, que se han confrontado con las suyas, corresponde ver qué es lo que le separa de ellos. Para Olivecrona, derechos y obligaciones son algo más

¹⁶⁴ PETRAZHITSKY, L., *Law and Morality*, op. cit., pp. 93-100; SOROKIN, P., «The Organized Group...», p. 674.

¹⁶⁵ *LF/I*, p. 21.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 150.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 144.

¹⁶⁸ PETRAZHITSKY, L., *Law and Morality*, op. cit., pp. 221-240.

¹⁶⁹ *LF/I*, pp. 50 ss., especialmente, p. 61; *LF/II*, pp. 86 ss., especialmente, p. 105.

que meras representaciones subjetivas. Si bien admite que las ideas de derechos y obligaciones son algo real, entiende que no se gana nada con reducir el Derecho a ellas. Según él, existen muchos otros hechos—como son las figuras impresas en los códigos, los actos legislativos, los tribunales, las prisiones, etc.— que no debieran quedar excluidos del fenómeno jurídico¹⁷⁰. Duda también Olivecrona acerca de la firmeza que Petrazhitzky y Sorokin imprimen a su identificación entre Derecho y convicciones jurídicas. En su opinión, si esta identificación fuera correcta, el Derecho sería solamente una gran corriente siempre variable de ideas individuales sobre derechos y obligaciones en millones de personas. Si lo que Petrazhitzky llama Derecho intuitivo—añade—se ajusta a esta situación, no sucede lo mismo con lo que llama Derecho oficial, cuya definición—conjunto de normas obligatorias para todos y hechas guardar por quien gobierna—no deja lugar a tal reducción. Las convicciones jurídicas—en opinión del profesor de Lund—generan un conjunto de normas jurídicas que se convierten en obligatorias con independencia de que las convicciones jurídicas de los individuos coincidan o no con las normas¹⁷¹.

Por otro lado, cuando se sostiene por parte de los autores analizados que el poder gubernamental y las reglas que regulan la vida de la sociedad son una creación de nuestras convicciones jurídicas, pareciera que éstas existen con independencia de aquéllas, así como de su aplicación efectiva a través de la organización del Estado. Esta manera de ver las cosas no satisface al profesor de Lund, que considera que las convicciones jurídicas

¹⁷⁰ «Is a Sociological...», pp. 177-178.

¹⁷¹ *Ibid.*, pp. 178-179.

son determinadas por el contenido de la ley. Hemos sido educados—escribe—en sociedades donde el sistema jurídico existía desde tiempos inmemoriales. Esto ha determinado que este sistema nos haya sido inculcado desde pequeños, sin que hayamos podido sustraernos a su influencia. Es posible—reconoce—que la gente obre motivada por convicciones morales, y no por temor al castigo, pero ¿qué sucedería si la policía se abstuviese de actuar durante cierto tiempo? Él cree que el número de crímenes aumentaría considerablemente¹⁷².

El tercero de los autores rusos estudiados por Olivecrona es Timasheff, cuyo pensamiento manifiesta una tendencia sociologista. A juicio de Olivecrona, diverge de Petrazhitzky básicamente en lo siguiente: 1.º) considera que el Derecho es algo más que un cúmulo de representaciones subjetivas, pues lo considera independiente de las opiniones individuales; 2.º) cree que la coacción es un elemento esencial del Derecho; 3.º) acepta la teoría jurídica del Estado, pero para estadios superiores de la evolución social¹⁷³.

Timasheff parte de la suposición de que la conformidad de la vida social con el Derecho es algo que puede ser observado. La norma tiene la virtualidad de que produce uniformidad. El proceso de imponer patrones de conducta es llamado por él, co-

¹⁷² *Ibid*, pp. 180-181. *Vid. ep.* I.3 de este mismo capítulo en relación con el artículo «Das moralische Problem der Strafgesetzgebung», *op. cit.*, donde Olivecrona sostiene esta última afirmación sobre la base de un estudio estadístico.

¹⁷³ «Is a Sociological Explanation of Law Possible?», *op. cit.*, p. 182.

mo anota Olivecrona, «coordinación social»¹⁷⁴. Ésta puede ser ética cuando concuerda con las convicciones éticas del grupo; y no ética, en caso contrario. Las convicciones del primer tipo tienen como contenido la evaluación de una conducta humana desde cierto punto de vista que permite la aplicación del término «deber» a la conducta que se adecua a cierto patrón, y de «violación del deber» cuando ello no es así¹⁷⁵.

Si la coordinación social no es ética, el temor es la principal causa que Timasheff observa para la obediencia del Derecho. No obstante considera el profesor ruso que las normas jurídicas son al mismo tiempo éticas e imperativas. Son éticas porque todo patrón de conducta jurídica puede ser expresado en una proposición con un predicado de deber ser. Y son imperativas porque, al mismo tiempo, están mantenidas por un poder centralizado que ejerce una influencia coordinada. Por tanto, en el pensamiento de Timasheff, el Derecho es la «intersección de la ética y el poder»¹⁷⁶.

¹⁷⁴ TIMASHEFF, N. S., *An Introduction to the Sociology of Law*, op. cit., pp. 5 ss.

¹⁷⁵ *Ibid.*, pp. 12-13.

¹⁷⁶ *Ibid.*, pp. 15-17, 245 ss. La costumbre y la moral solamente implican coordinación ética. Sus reglas no están impuestas por un centro de poder. Al contrario, una coordinación meramente imperativa se da cuando un gobierno despótico impone reglas no reconocidas por la conciencia grupal. A su vez, la costumbre se diferencia de la moral en que la primera no tiene nada que ver con la conciencia; mientras que la moral, aparte de depender de sistemas religiosos o filosóficos, requiere «el reconocimiento directo por parte del actor de que los actos correspondientes deberían ser, es decir, una convicción interna de la dignidad de la regla» (*ibid.*, p. 144). Además de la presión socio-ética de toda norma, se añade otra sanción específica en el caso de la moral:

El profesor ruso afirma que las reglas de un Estado despótico no son reglas jurídicas porque no son éticas. En su opinión sólo cuando el poder se autolimita encontramos un ordenamiento jurídico. Éste sólo existe cuando se combina la ética con el poder característico del Derecho¹⁷⁷.

Donde más se notan las diferencias entre Timasheff y Olivecrona es en relación con el deber jurídico. En este punto, el profesor de Lund considera que Timasheff es incoherente con su programa metodológico. Éste—dice—debiera haberle llevado a eliminar todo rastro de deber objetivo y a reducir el Derecho a puros hechos. «En el libro de Timasheff, sin embargo—explica—, no encontramos rastro de una oposición consciente y fundamental a la visión dominante; esto es indicativo de que el propio Timasheff tiene, de hecho, una idea del Derecho como “deber” objetivo»¹⁷⁸.

Por lo que se refiere a la palabra «validez»—advierte Olivecrona—, el profesor ruso la emplea para referirse indistintamente a las siguientes situaciones: 1.^a) a que las normas son efectivamente aplicadas; 2.^a) a que las normas son establecidas según Derecho; 3.^a) y a que la norma *debe* ser observada. Esta falta de distinción entre hecho y deber equivale, a juicio del profesor de Lund, a la ausencia de una distinción clara entre lo que son ideas de deber y lo que es el propio deber objetivo¹⁷⁹. Olivecrona no puede aceptar que el tercer tipo de validez pertenezca a

la voz de la conciencia, que desempeña un papel similar al del poder en el Derecho (*ibid.*, p. 145).

¹⁷⁷ *Ibid.*, pp. 259 ss.

¹⁷⁸ «Is a Sociological Explanation of Law Possible?», *op. cit.*, p. 192.

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 194-196.

la esencia del Derecho. Si hablamos de hechos—dice—, la transición al plano del deber ser es lógicamente absurda. Ningún deber puede deducirse de los hechos. Lo real son las ideas de derechos, pero conviene no confundir éstas con un deber objetivo, que no existe como tal. A despecho de esto, Timasheff considera que «los hechos son evaluados en general (por la historia, la opinión pública, etc.), y los valores son realizados (en los descubrimientos científicos, actos heroicos, obras de arte). La mente humana es, por supuesto, el punto donde los mundos físico, psíquico e ideal (los valores pertenecen a este último) se encuentran»¹⁸⁰. Olivecrona no puede estar de acuerdo con esto. No entiende cómo ideas formadas fácticamente en la mente den la cualidad de valor a otros hechos: «decir—escribe—que la mente humana es el punto de encuentro de los mundos físico, psíquico e ideal es sólo una evasión. Lo que se expresa con esta frase debe de ser una confusión entre el valor en sí mismo y la idea de valor»¹⁸¹.

Por último, Olivecrona no comparte la idea de Timasheff de que la probabilidad de incumplimiento de las normas jurídicas decrezca progresivamente en proporción al nivel que la norma ocupa en relación con otras normas. En efecto, Timasheff había intentado rebatir la crítica que hacía Petrazhitsky de la definición de la norma jurídica en términos de sanciones. Petrazhitsky aducía que ello determinaba un regreso al infinito. Por ejemplo,

¹⁸⁰ TIMASHEFF, N. S., *An Introduction...*, *op. cit.*, p. 125.

¹⁸¹ «Is a Sociological Explanation...», *op. cit.*, p. 198. Pero al distinguir tanto entre valor e idea de valor, el propio Olivecrona exporta el valor a un mundo metafísico. Desde un punto de vista empírico habría que decir que los valores son las ideas de valores.

la norma que obliga a circular por la derecha está garantizada por la norma secundaria que obliga a los agentes de tráfico realizar una denuncia; ésta, a su vez, está garantizada por una norma de tercer nivel que establece la responsabilidad del agente que, teniendo constancia de una infracción de la norma primaria, no la denuncia. Y así sucesivamente. Timasheff, sin embargo, estima que las posibilidades de violación de una norma primaria son bajas (I/V , donde V es un número elevado), siendo todavía son menores las posibilidades de violación conjunta de la norma primaria y la secundaria (I/V^2), y menores aún las de una violación triple (I/V^3), y así sucesivamente¹⁸².

Olivecrona no está de acuerdo con esta interpretación, porque considera que la frecuencia con la que son quebrantadas las normas depende de la aplicación de las sanciones. En este sentido se pregunta qué pasaría en el caso, por ejemplo, de que las normas terciarias fueran completamente incumplidas. Sin duda, acarrearía la inobservancia de las normas secundarias, y consecuentemente de las primarias. Por ello, el argumento de Petrazhitzky, dice Olivecrona, sigue siendo totalmente válido, de modo que definir las normas jurídicas por medio de las sanciones sigue ocasionando un proceso en infinito¹⁸³.

Finalmente, mientras que Timasheff afirma que la estructura de poder es anterior al Derecho (el poder crea el Derecho), el profesor de Lund no concibe tal estructura sin que su composición y funcionamiento esté constituido por reglas jurídicas¹⁸⁴.

¹⁸² TIMASHEFF, N. S., *An Introduction...*, *op. cit.*, pp. 264-265.

¹⁸³ «Is a Sociological Explanation...», *op. cit.*, pp. 199-201.

¹⁸⁴ *Ibid*, pp. 201-204.

c') La teoría analítica del Derecho: Hart

La concepción del Derecho expuesta por Herbert Lyonel Adolphus Hart (1907-1992)¹⁸⁵—indica Olivecrona—tiene como telón de fondo el positivismo naturalista de Austin. Pero Hart sustituye la noción de mandato por la noción de regla, pues considera que la teoría imperativista no es capaz de explicar cómo el Derecho pueda hacer obligatoria la conducta humana: un mandato respaldado por la fuerza—afirma Hart—no se distingue en nada de lo que sucede en una banda de pistoleros. Ninguna obligación es creada por el hecho de que un forajido apunte a una persona con su pistola¹⁸⁶.

Para Hart, el Derecho es la unión de reglas primarias y secundarias. Reglas primarias son, para él, aquellas que imponen deberes y se refieren a acciones físicas, mientras que son secundarias aquellas que confieren poderes, públicos o privados, y se refieren a la creación o modificación de deberes y obligaciones¹⁸⁷. La afirmación de que alguien tiene una obligación implica la existencia de una regla, aunque no siempre que hay una regla hay una obligación. La hay cuando hay una presión social suficiente y cuando las reglas son necesarias para la vida social¹⁸⁸.

En opinión del profesor de Oxford, se pueden hacer dos tipos de afirmaciones en relación con las reglas de un grupo so-

¹⁸⁵ Sobre Hart, «The Legal Theories of Axel Hägerström and Vilhelm Lundstedt», *op. cit.*, pp. 130, 148; *LF/II*, pp. 82-83; 124-125; 262.

¹⁸⁶ *LF/II*, pp. 82-83.

¹⁸⁷ HART, H. L. A., *The Concept of Law*, 2.^a ed., *op. cit.*, p. 81.

¹⁸⁸ *Ibid.*, pp. 85-87.

cial. Como un observador externo o como un miembro de dicho grupo. Desde la primera perspectiva, las reglas son vistas como regularidades de conducta, pero con ello se pierde toda una dimensión de la vida social. El semáforo en rojo—explica Hart—no es una señal de que otros pararán, sino una razón para parar¹⁸⁹. Desde un punto de vista interno, la violación de una regla—continúa—no es la base predictiva de que se seguirá una reacción hostil, sino la razón para esa reacción¹⁹⁰.

Olivecrona aprecia el carácter no voluntarista de la teoría hartiana, pero echa en falta una definición o explicación de la noción de regla. En opinión del profesor de Lund, Hart acepta que la obligatoriedad es esencial en el Derecho. Pero no dice en qué sentido. Olivecrona llega a la conclusión de que para Hart una obligación sólo puede ser un «vínculo interior en el sentido tradicional»¹⁹¹.

¹⁸⁹ *Ibid.*, pp. 89-90.

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 90.

¹⁹¹ *LF/II*, p. 83; *Cfr.* «The Legal Theories...», p. 149. Efectivamente, Hart incurre en circularidad cuando define el deber u obligación como una razón para la acción (HART, H. L. A., *The Concept of Law*, *op. cit.*, p. 90). Esto sólo significa, en su opinión, estar exigido por una regla, pero una regla para él es precisamente una razón para la acción (ORREGO, C., *H. L. A. Hart, abogado del positivismo jurídico*, *op. cit.*, p. 337). En el fondo, lo que ocurre es que Hart pretende evitar entrar en el campo de la moral. Por eso ofrece un catálogo de razones no morales para obedecer el Derecho que difícilmente entran en la categoría de «razones». A este respecto, *cfr.* ORREGO, C., *op. cit.*, pp. 329-343, y BLANCO, S., *Positivismo metodológico y racionalidad política. Una interpretación de la teoría jurídica de Carlos S. Nino*, *op. cit.*, pp. 87 ss.

III. POSITIVISMO JURÍDICO Y REALISMO ESCANDINAVO

La expresión «positivismo jurídico» fue empleada por primera vez, a juicio de Olivecrona, en Alemania a finales del siglo XIX¹⁹². En aquel tiempo existía un gran empeño por utilizar un modelo científico de conocimiento, que implicaba la eliminación de toda especulación sobre el Derecho natural. Desde esta perspectiva, únicamente el Derecho *puesto*, manifestación de la voluntad del legislador, debía ser objeto de la ciencia jurídica. Antes de comenzar el siglo XX, el positivismo jurídico constituía ya la doctrina dominante en Alemania¹⁹³.

La acepción original y tradicional del término positivismo jurídico, por tanto, giraba—según el profesor de Lund—en torno al concepto de voluntad de la autoridad suprema¹⁹⁴. Pero un nuevo significado fue añadido después. Ciertos autores pasaron a asimilar el positivismo jurídico al positivismo filosófico, cuyo rasgo más característico consistía en su propósito de reducir el objeto de la ciencia a meros fenómenos observables, eliminando todo aquello pudiera ser valorativo. Por esta vía, el positivismo jurídico acabó haciendo referencia a todas aquellas teorías del Derecho que se caracterizaban fundamentalmente por evitar toda valoración¹⁹⁵.

Olivecrona no estima correcta esta manera de entender el iuspositivismo. A su juicio, no comprende todas sus formas tra-

¹⁹² *LF/II*, p. 51.

¹⁹³ *Ibid.*, pp. 51-52. Al respecto, cita como positivistas en sentido tradicional a O. von Gierke y a A. Merkel.

¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 53.

¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 54.

dicionales, de manera que quedan fuera, por ejemplo, los grandes juristas alemanes del siglo XIX, usualmente llamados positivistas, quienes creían atenerse firmemente a la realidad cuando identificaban el Derecho con los mandatos del Estado y rechazaban el Derecho natural. Esto era lo fundamental, y no implicaba que la ciencia jurídica hubiera de ser avalorativa. El principio de no valoración en las ciencias sociales, y también en la ciencia jurídica—apostilla—pertenece al siglo XX¹⁹⁶.

Antes bien—continúa—, el nuevo sentido filosófico de positivismo jurídico abarca teorías que por no ser voluntaristas no casan con el sentido tradicional de positivismo jurídico. Es el caso de Hägerström y Ehrlich¹⁹⁷.

Queda claro, en consecuencia, que este nuevo sentido de positivismo jurídico difiere de lo que tradicionalmente se entendía por tal. Conviene, por tanto, cuando hablamos de positivismo jurídico, precisar el sentido que damos a dicha expresión¹⁹⁸.

En Francia—observa Olivecrona—, «positivisme juridique», probable traducción de «Rechtspositivismus», suele usarse en el sentido tradicional. No obstante hay autores que remarcan la distinción entre positivismo jurídico y positivismo filosófico. En cuanto a Gran Bretaña y EE UU, el término «legal positivism»—explica el profesor de Lund—no ha sido hasta tiempos recientes introducido, probablemente a partir del correspon-

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 55. Esta afirmación resulta cuando menos problemática, porque Bentham ya propuso una ciencia jurídica avalorativa a finales del s. XVIII. Cfr. BENTHAM, J., *A Fragment on Government* (1776), J. H. Burns y H. L. A. Hart (eds.), Londres, Athlone, 1977, pp. 397 ss.

¹⁹⁷ *LF/II*, p. 56.

¹⁹⁸ *Ibidem*.

diente alemán mencionado arriba. Un caso claro de teoría positivista en el sentido tradicional—dice Olivecrona—es la de Austin, aunque hasta hace poco se le denominaba «analytical jurisprudence»¹⁹⁹.

El uso del término «legal positivism» en el ámbito anglosajón—continúa—ha sido fuertemente influido por el positivismo en sentido filosófico. En no pocas ocasiones, refiriéndose primordialmente a la teoría de Austin, se ha distinguido el positivismo jurídico por la separación que supuestamente entraña entre Derecho y moral. En este sentido, Jerome Hall—advierte el profesor de Lund—aboga por la separación del Derecho positivo de otros órdenes normativos, como la moral, la religión, la moda, etc. La misma tesis de la separación del Derecho de otros órdenes normativos se encuentra en el positivista actual más destacado, Kelsen, quien asigna el calificativo de «pura» a su teoría²⁰⁰.

El resultado de esta confusión—concluye—es una multiplicidad de significados para este término. Hart recoge cinco definiciones distintas de positivismo jurídico. Asimismo, en la Conferencia sobre el positivismo jurídico celebrada en 1960 en la ciudad de Bellagio fue registrada una gran cantidad de ellas²⁰¹.

La principal causa de confusión, en opinión de Olivecrona, deriva de dos fuentes. En primer lugar, mientras que el significado tradicional alemán de *Rechtspositivismus*, proviene de *positives Recht*, Derecho positivo, o sea, puesto; el significado de

¹⁹⁹ *Ibidem*.

²⁰⁰ *Ibid*, p. 57. Recordemos que esto lo escribe en 1971.

²⁰¹ *Ibid*, pp. 57-58.

legal positivism tiene que ver con el positivismo filosófico. Si, en el primer sentido, positivismo jurídico es una teoría sobre la naturaleza del Derecho, en el segundo consiste en una aproximación filosófica a los problemas del Derecho, a partir de la cual es posible formular diferentes teorías sobre la naturaleza del Derecho. Estos dos significados—considera—se suelen confundir²⁰².

En segundo lugar, hay que tener en cuenta que el mismo positivismo filosófico tiene, a su vez, distintos significados. Primeramente—anota el profesor de Lund—fue aplicado a la filosofía de Auguste Comte, cuyo principio central era que la ciencia debía estar basada en la observación—pues entendía que ésta era la única fuente de conocimiento—. Por lo que se refiere al Derecho natural, el filósofo francés consideraba que constituía un obstáculo para la perfección social. No obstante, creía que las ideas iusnaturalistas desaparecerían en el estadio positivo, momento en que habría deberes, pero no derechos²⁰³.

Pues bien, según Olivecrona, ni la filosofía del derecho alemana del siglo XIX, ni menos aún Bentham, que le precedió un siglo, como tampoco Austin, tuvieron conexión con esta clase de positivismo. Por ello, el positivismo jurídico en su sentido original ha de ser distinguido netamente del positivismo filosófico de Comte. Porque «positivismo jurídico» puede hacer referencia a lo que significa «positivo» en la expresión «Derecho

²⁰² *Ibid.*, p. 58.

²⁰³ *Ibid.*, pp. 58-59. Sin embargo, cabe pensar el Derecho natural con sólo deberes, sin derechos subjetivos. Cfr. D'ORS, A., *Derecho y sentido común. Siete lecciones de derecho natural como límite del derecho positivo*, Madrid, Civitas, 2001, *passim*.

positivo»; a lo que significa «positivismo» en la expresión «positivismo filosófico»; o a una combinación de los dos. Olivecrona se ve obligado a aclarar el sentido en que lo usa él. Su punto de vista se basa en las siguientes consideraciones.

En primer lugar, no es muy útil poner en el no cognitivismo ético²⁰⁴ el rasgo distintivo del positivismo jurídico. Si lo entendemos en este sentido, Bentham, Austin y los juristas alemanes clásicos del siglo XIX quedan fuera. Más aún, muy pocos quedarían dentro, ya que las teorías no cognitivistas comienzan a aparecer relativamente tarde, a partir de las décadas de los años veinte y treinta del siglo XX²⁰⁵.

Otra posibilidad, no menos inconveniente, consiste en llamar positivismo jurídico a aquellas teorías que, basadas o no en el no cognitivismo, no adscriben al Derecho ningún elemento axiológico y entienden que éste es un conjunto de hechos. Sin embargo, sería muy difícil en este caso fijar la nómina de los iuspositivistas, toda vez que hasta quienes proclaman tratar sólo con hechos, muchas veces introducen subrepticamente ele-

²⁰⁴ Olivecrona enlaza el no cognitivismo ético con el positivismo filosófico, aunque no los confunde: «El positivismo filosófico en un sentido más general es una vaga denominación para aquellas teorías filosóficas empíricas contrarias a las especulaciones metafísicas. Como ya se hizo notar, se considera característico de estas teorías que la valoración es excluida de la ciencia. La razón de esta posición está en que no se pueden conocer los valores o el deber; se afirma que los llamados juicios deónticos y estimativos son expresiones emotivas. Ésta es la razón por la cual se entiende el positivismo jurídico como una teoría basada en el no cognitivismo ético» (*LF/II*, pp. 59-60).

²⁰⁵ La primera teoría no cognitivista es atribuida por Olivecrona a Hägerström, entre 1910 y 1920, aunque reconoce que su trascendencia está limitada a Escandinavia (p. 60).

mentos valorativos. Por ejemplo, la teoría de Kelsen—observa Olivecrona—habría de quedar fuera de la corriente positivista, porque en ella la ciencia del Derecho aparece como una ciencia valorativa (si bien no establece valores, trata de ellos, opina el profesor de Lund)²⁰⁶. La clasificación, por tanto, no sería clara²⁰⁷.

Por último, piensa Olivecrona que de poco sirve decir que el positivismo jurídico se caracteriza por su rechazo del Derecho natural como algo valorativo. Porque, primero, habrá que tener claro qué es Derecho natural, lo que dista de ser claro. De hecho existen muchas teorías que se dicen contrarias al Derecho natural, que en el fondo están penetradas de ideas y conceptos ius-naturalistas. Y, segundo, la doctrina positivista acabaría englobando teorías tan disímiles como las de Austin, Ehrlich, Kelsen y Hägerström, las cuales, salvo su rechazo del Derecho natural, apenas tienen nada en común²⁰⁸.

²⁰⁶ «Esto también vale para la ciencia de los derechos (*Wissenschaft vom Rechte*), que, como toda ciencia axiológica (*Wertwissenschaft*) es un conocimiento de valores, aunque ella misma no establece los valores; asimismo, entiende de normas, aunque ella misma no puede establecerlas» (KELSEN, H., *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, Charlottenburg, Pan-Verlag Rolf Heise, 1928, p. 70, cit. en *ibid.*, p. 61). No obstante lo afirmado por Kelsen en este texto, después de 1928 parece difícil atribuir al jurista checo la tesis de que la ciencia jurídica se ocupa de los valores.

²⁰⁷ *LF/II*, p. 61.

²⁰⁸ *Ibidem*. Pero a esto debe objetarse que sí tienen algo en común: la influencia del positivismo filosófico, su afán por llevar a cabo una ciencia jurídica avalorativa.

Por todo ello, considera Olivecrona que la mejor solución para este problema terminológico es la de utilizar la expresión positivismo jurídico de acuerdo con el sentido original de *Rechtspositivismus*. En definitiva, para el profesor de Lund, el positivismo jurídico hace referencia primariamente a la idea de Derecho como expresión de la voluntad de una autoridad suprema. Con esto se evitan confusiones y los autores que han sido considerados positivistas siempre pueden seguir siéndolo. Bajo este rubro incluye Olivecrona toda teoría que se califica a sí misma como positivista, independientemente de que lo sea o no en realidad²⁰⁹.

Desde este punto de vista, la dicotomía iusnaturalismo-iuspositivismo deja de ser excluyente. No es preciso que una teoría sea o iusnaturalista o iuspositivista. Es posible que una teoría que rechaza el Derecho natural no sea iuspositivista²¹⁰.

²⁰⁹ *LF/II*, pp. 58-62.

²¹⁰ Al respecto, Pattaro sostiene que la alternativa iusnaturalismo-iuspositivismo es una alternativa «ideológica»: «Il realismo giuridico come alternativa al positivismo giuridico. Prefazione all'edizione italiana» de OLIVECRONA, K., *La struttura dell'ordinamento giuridico*, op. cit., p. 11. Tanto en este artículo, como en otro que lleva por título «Diritto, morale e concezione realistica del diritto», (en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1970, pp. 986 ss.), el profesor italiano sigue los mismos pasos de Olivecrona para llegar a la misma conclusión de que el realismo jurídico escandinavo constituye una alternativa a dicha dualidad. Últimamente se ha ratificado en esta opinión: vid. PATTARO, E., *Elementos para una teoría del Derecho*, op. cit., pp. 279-284, donde recoge los argumentos del profesor Fassò, que atribuye gran importancia a la distinción entre el positivismo filosófico y el positivismo jurídico. Sostiene Fassò que los juristas positivistas inspirados por el positivismo filosófico, utilizaban el método comparativo, recurrían a la observación histórica o etnográfica, y permanecían, así, efecti-

Esto es así cuando esta teoría no acepta que el Derecho sea expresión de una voluntad. Es decir, cuando deja de ser positivista en el sentido tradicional. Es el caso de teorías como las de Petrazhitsky, Hägerström o la suya propia²¹¹, pero también Hart y, en algunas de sus obras, Kelsen, que se declaran positivistas porque también hacen referencia al Derecho puesto.

vamente, en el ámbito de la sociología y del auténtico y verdadero positivismo. Por el contrario, el positivismo jurídico, dice Fassò, es formalismo, no teniendo, en absoluto, raíces positivistas, sino iusnaturalistas y kantianas. Por eso, los primeros en idear la teoría general del Derecho fueron dos iusnaturalistas wolfianos (Nettelbladt y Pütter). Otro rasgo común, advierte Fassò, con el iusnaturalismo consiste en la tesis de que el Derecho es válido en el sentido de que obedecerlo es obligatorio (FASSÒ, G., *Historia de la Filosofía del Derecho*, trad. de J. F. Lorca Navarrete, vol. III, Madrid, Pirámide, 1988, pp. 151 ss.). A continuación rebate Pattaro la opinión de Ross de que el positivismo jurídico tradicional es una especie de iusnaturalismo, y que por lo tanto es un «cuasipositivismo» (ROSS, A., «Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law», en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1961, p. 180). Para Ross, el realismo escandinavo sí podría ser un ejemplo de positivismo jurídico. El positivismo jurídico, para el profesor danés, se caracteriza por la negación del conocimiento ético y por considerar el ordenamiento jurídico como un hecho social, empírico (*ibid.*, pp. 166-170). El profesor italiano critica la postura de Ross, y aduce en contra de la negación de éste del carácter positivista del iuspositivismo alemán una razón histórica: «y la historia, tampoco la historia de los usos lingüísticos, no puede ser fácilmente, ni conviene que sea, modificada» (PATTARO, E., *Elementos...*, p. 282). Y, en relación con la definición rossiana del positivismo jurídico, dice que «es arriesgado definir al positivismo jurídico en estos términos, porque muchos cuasipositivistas, por utilizar su terminología, dicen compartir estas tesis, pero las niegan después en sus teorías», como es el caso de Kelsen (PATTARO, *Elementos...*, p. 282).

²¹¹ *LF/II*, pp. 63-64.

La conclusión es que el realismo escandinavo se configura como la alternativa a la tradicional dicotomía entre iusnaturalismo y positivismo jurídico. Tal y como lo concibe Olivecrona, el positivismo jurídico no es más que un intento infructuoso de la ciencia del Derecho por liberarse de la metafísica, que sigue presente en la forma de la voluntad de la autoridad suprema. Como tendremos ocasión de ver con más detalle, para Olivecrona, el Derecho no es ni un mandato ni una declaración de voluntad, sino un conjunto de imperativos que es *independiente*, tanto de quien dicta la norma como de quien la recibe²¹². Se establece entre la doctrina tradicional y la olivecroniana una diferencia de atribución. Mientras que el iuspositivismo en general entiende que el Derecho *es* puesto por alguien, el profesor de Lund considera que el Derecho *está* puesto. Con el propósito de eliminar todo residuo metafísico de la ciencia jurídica, Olivecrona emprende el estudio del Derecho centrando su atención, en primer lugar, en el lenguaje jurídico, de lo que se tratará en el siguiente capítulo.

²¹² *Vid.* cap. VI., ep. III de este mismo trabajo.

CAPÍTULO CUARTO

EL LENGUAJE JURÍDICO

El tema del lenguaje jurídico ocupa un lugar fundamental en el pensamiento de Olivecrona. Por esta razón parece conveniente dedicar un capítulo entero a reunir sus tesis principales en torno a este tema. Comenzaremos exponiendo las ideas del profesor de Lund sobre la función del lenguaje jurídico, que en su opinión consiste en influir sobre la conducta de la gente. Para él, el lenguaje jurídico posee un carácter eminentemente sugestivo, lo cual exige determinar si es o no posible hablar de un significado emotivo de los términos jurídicos y si los enunciados jurídicos poseen valor de verdad. Todo ello, junto con la cuestión del razonamiento jurídico, será objeto de tratamiento en el presente capítulo, en el que también se efectuará una comparación entre la visión mágica con la que Olivecrona interpreta los efectos jurídicos y la teoría de las *expresiones performativas* de J. L. Austin. Finalmente, se efectuarán unas consideraciones críticas.

I. LA FUNCIÓN DEL LENGUAJE JURÍDICO

El lenguaje jurídico está muy presente en nuestro lenguaje ordinario. En la vida diaria—escribe Olivecrona—, nos vemos en-

vueltos en una multitud de negocios jurídicos; vgr., cuando compramos una cosa, firmamos un cheque o alquilamos un piso. Sin conocer el lenguaje jurídico—opina el profesor de Lund—no llegaríamos a entender mucho de lo que pasa a nuestro alrededor. A través de la prensa tenemos noticia de actos gubernamentales, del establecimiento de nuevas leyes, de subidas de impuestos, etc. Pues bien, todos esos acontecimientos y muchos más son más o menos descritos mediante términos jurídicos¹.

El lenguaje es indisociable del Derecho. «Ningún sistema jurídico vigente—escribe Olivecrona—puede concebirse sin lenguaje»². Sin embargo, la atención que se ha prestado al tema del lenguaje jurídico—observa—ha sido poca. A su juicio, la causa de esto puede ser la idea tradicional de que el mundo del Derecho pertenece a otra esfera de realidad distinta de la espacio-temporal³.

¹ «Legal Language and Reality», p. 151.

² *LF/II*, p. 240.

³ *Ibidem*. En su propia obra se da esta evolución, pues si bien se advierte el interés de Olivecrona por el lenguaje jurídico desde sus primeros escritos, éste va aumentando con el tiempo, y halla su culminación en la segunda edición de *Law as fact*, que es donde lleva a cabo un desarrollo mejor y más completo de la cuestión. Aquí sus ideas acerca del lenguaje *performativo* alcanzan su culminación, y es a ellas a las que dedicaremos mayor atención. La trascendencia del tema del lenguaje jurídico es tal que hay autores que definen el realismo jurídico escandinavo como una doctrina que sostiene que el Derecho está formado sólo por entidades lingüísticas factuales, siendo precisamente Olivecrona quien más claramente la ha formulado. En opinión de Hernández Marín, Olivecrona sostiene tres cosas, dos implícitamente y una explícitamente. Implícitamente sostiene que no hay más Derecho que la ley y que la ley es el texto de la ley. Y explícitamente que la ley es un hecho

En apariencia, el lenguaje jurídico indica que el lenguaje jurídico refleja la realidad. Pero Olivecrona niega que esto sea así. La presunta realidad a la que el lenguaje jurídico se refiere no forma parte del mundo que podemos conocer a través de nuestros sentidos—a través de la memoria y de la inducción—, sino que pertenece a una *realidad* superior. Todo intento de localizar esta realidad, sin embargo, fracasa necesariamente. Por tanto, es precisa una aproximación crítica a la cuestión del lenguaje jurídico⁴.

Para la visión mágica, como para la iusnaturalista, las palabras son «herramientas» que producen efectos jurídicos de carácter suprasensible; si bien para los iusnaturalistas tales efectos no consisten en crear o transmitir poderes fuera de la mente humana, sino que se considera que tales efectos consisten en modificaciones en las relaciones morales entre las voluntades humanas⁵. Pero tales efectos suprasensibles no tienen cabida en la ontología asumida por Olivecrona. Para él, carece de sentido hablar de efectos suprasensibles, ya que sólo lo sensible tiene entidad real. A su juicio, «no tiene sentido—escribe—continuar discutiendo cómo se producen efectos suprasensibles a través de actos jurídicos»⁶.

Ahora bien, a pesar de que no tenemos «ningún conocimiento» de efectos suprasensibles, oímos que se celebran nego-

(HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, op. cit., pp. 121-126).

⁴ «Legal Language and Reality», p. 190.

⁵ *LF/II*, pp. 240, 245-246.

⁶ *Ibid.*, p. 246.

cios jurídicos, tales como adquisiciones, préstamos, traspasos, y otros muchos, que entrañan consecuencias muy relevantes. ¿Es esto sólo una forma de hablar? Es preciso realizar investigaciones acerca del papel del lenguaje en el Derecho; sobre su origen, su uso efectivo y sus consecuencias. La tesis principal de Olivecrona en este sentido es que «las palabras son *herramientas* en los negocios jurídicos»⁷. Esto tiene mucho que ver con su visión mecanicista de la realidad humana, donde determinados factores son causa de ciertos efectos más o menos previsibles. Por eso, son abundantes las veces en las que Olivecrona define el Derecho como una «máquina». Mediante la correcta manipulación de las piezas del Derecho—entre las que el lenguaje ocupa un lugar destacado—es posible producir efectos de control social. En definitiva, parece que la atención al lenguaje jurídico podría ser la clave que permita superar las doctrinas elaboradas hasta la fecha. Veamos qué resultados y posibilidades arroja este examen.

Como decimos, Olivecrona tiene una noción instrumental del lenguaje: «nuestro lenguaje—afirma—está formado para cumplir nuestros propósitos». Las palabras no sirven solamente para describir. Decir algo no es necesariamente afirmar algo. Pensar lo contrario es un error⁸.

⁷ *Ibidem*. Cursiva añadida. Aunque su interés suele centrarse en relación con el lenguaje en los negocios jurídicos y, sobre todo, en el derecho subjetivo, su importancia en relación con la norma jurídica no es menor, como se verá. En cualquier caso, por su relación especial con el tema del derecho subjetivo, el siguiente capítulo será el relativo a esta materia.

⁸ Olivecrona utiliza la expresión «falacia constatativa», de J. L. Austin, para designar este error («Bentham's "Veil of Mystery"», pp. 235).

El lenguaje jurídico no es primordialmente enunciativo. Su principal función es influir en la conducta de la gente. Por ello es un «medio» para tal fin, y forma parte integrante del Derecho⁹. La función primaria del lenguaje jurídico no es reflejar la realidad, sino conformarla. Para ello se requiere un tipo especial de palabras. Han de ser palabras que tengan carga emotiva, que inciten o inhiban al destinatario de hacer algo¹⁰. Su forma de expresión está determinada por el propósito de la legislación: dirigir la conducta de la gente. El lenguaje jurídico es un lenguaje directivo¹¹.

La ley, en opinión de Olivecrona, no expresa un deseo; ni tampoco da un consejo o señala una utilidad. No hay en ella ninguna ventaja que sirva de razón por la que uno deba actuar. La ley o el mandato, a su juicio, son categóricos, y no hacen

⁹ No es, por tanto, un velo que se interponga entre el observador y los contenidos del Derecho, dice Olivecrona refiriéndose a *Bentham* (*ibidem*).

¹⁰ «Legal Language and Reality», p. 190. Existen innumerables palabras funcionales o palabras que designan objetos por medio del uso para el que sirven (*The Problem of the Monetary Unit*, p. 12). La unidad monetaria es un ejemplo de ello. Diversas teorías se han ensayado para explicar su naturaleza, pero, como intenta mostrar Olivecrona, sin éxito. Su conclusión es que carece de significado, pero que cumple una importante función social. ¿Cómo es posible pagar algo en dinero si éste no es nada? A juicio de Olivecrona, «la paradoja se resuelve si se tiene en cuenta que la promesa de pagar dinero, a pesar de ser una promesa de transferir cosas inexistentes a otra persona, puede cumplir una función en la organización de la sociedad» (*ibid.*, p. 17). Esta solución anticipa la solución que ofrecerá para la cuestión del derecho subjetivo. Sobre esta cuestión, *vid.* cap. V, ep. II de este mismo trabajo. Sobre la unidad monetaria, *vid.* cap., ep. III *in fine*.

¹¹ *LF/II*, p. 118.

referencia a valores. Tampoco son imperativos hipotéticos, que enlacen técnicamente determinado supuesto con determinada consecuencia. La ley determina sugestivamente una conducta. Para este fin, existe un repertorio de palabras adecuado, como, señaladamente, la palabra «deber». Es indiferente que, desde un punto de vista verbal o lingüístico, el modo empleado en la expresión directiva sea imperativo («¡hágase!») o indicativo («se hará»). Es el sentido global imperativo el que importa¹². Olivecrona define así la regla imperativa: «un modo de expresión usado de modo sugestivo para influir en la conducta de la gente»¹³.

El signo imperativo (la palabra sugestiva)—señala el profesor de Lund—está dirigido a lo que llama «aspecto volitivo» de la mente del receptor, no al intelectual. Por otro lado, el contenido del imperativo, es decir la descripción de la conducta a observar, viene dado, según Olivecrona, por el aspecto representativo de la ley o del mandato. (Suponemos que éste sí va dirigido a las facultades intelectivas del sujeto.)

Este signo imperativo de que hablamos no suscita ninguna idea al margen de su mera percepción formal, y puede ser de muy distintas clases. En su estado más simple consiste en el modo lingüístico, en la manera de hablar o en la actitud del hablante, formas que el profesor sueco denomina «espontáneas». Junto a ellas, hay otras, a las que se refiere como «convencionales» o «estandarizadas». Éstas pueden ser, por ejemplo, el uniforme de un mando militar o la palabra que designa su em-

¹² *Ibid.*, pp. 118-119; *Der Imperativ des Gesetzes*, pp. 7-15.

¹³ *Ibid.*, p. 130.

pleo (sargento, teniente, etc.). También pertenecen a esta categoría, en una empresa, el título de un directivo o su lugar en el organigrama. En definitiva, el elemento imperativo varía según las circunstancias. En cualquier caso, su función es convertir en algo natural el hecho de que ciertas personas, en determinada situación, obedezcan las órdenes de otras¹⁴.

Uno de los signos imperativos más relevantes, en materia jurídica, es la palabra «derecho» (subjetivo). Olivecrona intenta aislar la palabra para examinarla. Pero esto—piensa—requiere un gran esfuerzo. Existe un vínculo emocional muy notable entre dicha palabra y ciertos fenómenos que se dan en la mente, los cuales crean la apariencia de que el derecho responde a una realidad externa. Otra dificultad proviene del hecho de que la palabra es imprescindible, y no puede ser sustituida por ninguna otra expresión. Ni siquiera—añade—una exposición de los puros hechos con que se conecta es suficiente para vencer la dificultad psicológica de separar la idea de la palabra¹⁵.

Esto es así porque «el lenguaje es, de hecho, la herramienta más adecuada para poner las *señales* que son necesarias para guiar la conducta humana en una sociedad compleja»¹⁶. El derecho subjetivo—señala el profesor de Lund—tiene la misma función que un semáforo¹⁷. Las reglas abstractas no son suficientes. Sobre todo, porque se han hecho enormemente complicadas. La

¹⁴ *Ibid.*, p. 128.

¹⁵ *LF/I*, pp. 121-122; *GS*, pp. 117-118. Del derecho subjetivo nos ocupamos en el siguiente capítulo.

¹⁶ *LF/II*, p. 193.

¹⁷ «Legal Language and Reality», p. 183. *Cursiva añadida.*

gente necesita signos que sean fácilmente comprensibles¹⁸. La palabra «derecho» indica el camino y conduce a la sociedad. Es una palabra, por tanto, que tiene una función directiva, y presta un gran servicio al legislador¹⁹.

II. EL SIGNIFICADO EMOTIVO DE LOS TÉRMINOS JURÍDICOS

Entre las muy interesantes sugerencias que George Edward Moore realiza en sus *Principia Ethica*, aquí a nosotros nos interesa especialmente una. Es la formulación y denuncia de la llamada desde entonces «falacia naturalista», que, *grosso modo*, consiste en señalar el error que implica definir la noción de «bueno» en términos de una noción distinta de ella misma; en particular en términos de una categoría natural, sensible o suprasensible. Así, por ejemplo, si definimos lo bueno por lo placentero, no podemos evitar la pregunta: pero ¿es bueno lo placentero?²⁰.

Ayer, con el fin de no incurrir en dicho error, y evitar al mismo tiempo tener que llegar a la conclusión de que la noción de bueno es una noción simple e indefinible, como sostenía Moore, plantea una nueva concepción de significado. Según Ayer, tanto la ética naturalista como no naturalista parten de una con-

¹⁸ *LF/II*, p. 189.

¹⁹ «The Legal Theories...», p. 144, donde Olivecrona aclara los malentendidos que produjo la crítica de Hägerström del derecho subjetivo, que negaba la existencia de derechos y deberes. Olivecrona trata de hacer compatible la nihilidad del derecho subjetivo con su funcionalidad. En este sentido, *vid. LF/I*, pp. 95, 98-99; *GS*, p. 99; «Legal Language and Reality», pp. 168-169; *LF/II*, pp. 183, 252, 255.

²⁰ MOORE, G. E., *Principia Ethica*, Cambridge University Press, 1903, pp. 10 ss.

cepción estrecha de significado, pues entienden que todo significado ha de ser necesariamente descriptivo. Por el contrario, él considera que los términos éticos, si bien son significantes, carecen de contenido cognoscitivo. Su significado es emotivo. Es el caso de la palabra «bueno». Si bien carece de toda función simbólica, es un signo que expresa una emoción²¹. Por tanto, para Ayer, los juicios éticos son expresiones del sentimiento. Esto lleva consigo que no hay modo de determinar la validez racional de sistema ético alguno, porque no tiene sentido inquirir sobre su verdad. Únicamente cabe investigar sobre los hábitos morales de una persona o grupo de personas determinados y especificar la posible *causa* de ellos. La ética como rama del conocimiento no es, pues, más que una sección de la psicología y de la sociología²².

Para Stevenson, la palabra «bueno» tiene un significado emotivo «laudatorio» que sirve muy bien para sugerir un interés favorable. Este autor separa nítidamente hechos y valores éticos, e insiste en la vieja idea humeana de que no es lógicamente posible pasar de los unos a los otros, salvo por vías no racionales²³.

La lógica de la ética, a su juicio, no pertenece ni a la lógica deductiva ni a la lógica inductiva. Es una lógica peculiar en la

²¹ AYER, A. J., *Language, Truth and Logic*, 1936. Aquí se ha consultado la versión española *Lenguaje, verdad y lógica*, trad. de M. Suárez, Barcelona, Martínez Roca, 1971, p. 126.

²² *Ibid.*, p. 131.

²³ STEVENSON, C. S., *Ethics and Language*, 1944. Se ha manejado la versión española *Ética y lenguaje*, trad. de E. A. Rabossi, Buenos Aires, Paidós, 1971, pp. 147-149.

que la relación entre las premisas y la conclusión es de índole psíquica más que lógica, y es con la lógica de los imperativos con la que presenta una mayor afinidad. Los métodos racionales, en su opinión, terminan donde termina el mundo de las creencias. Cuando la discusión ética tiene su raíz en un desacuerdo de actitud, no hay método racional posible para resolverlo. sólo cabe entonces recurrir a la persuasión²⁴.

La vinculación de Olivecrona con el emotivismo es limitada, porque el objeto a que los miembros de esta corriente dedican su atención es propiamente la ética, mientras que el profesor de Lund sólo incidentalmente se ocupa de esta materia. No obstante, él parte sobre los postulados éticos previamente asentados por la Escuela de Uppsala, que ya se había anticipado lanzando una teoría emotivista de la ética—Stevenson reconoce haber leído a Hägerström—²⁵. Olivecrona, más preocupado por el Derecho que por la ética, como decimos, no se interesó por las teorías de Russell, Ayer o Stevenson. Cualquier coincidencia con ellos deriva, pues, de la común aplicación a la esfera del obrar humano del método empirista. Una de estas coincidencias consiste en la idea de que ciertas palabras presentan un significado emotivo. Existen indicios para pensar que Olivecrona comparte esta idea. Pero esta afirmación ha de realizarse con grandes re-

²⁴ *Ibid.*, p. 134.

²⁵ Dicho emotivismo puede apreciarse, por ejemplo, en HÄGERSTRÖM, A., «The Conception of a Declaration of Intention in the Sphere of Private Law», en *Inquiries...*, *op. cit.*, pp. 303: «ciertas palabras o formas verbales, por otra parte, sirven en el intercambio social como medio para despertar cierta actitud práctica o emocional». (Como ya se dijo el original es de 1935.)

servas, pues ello no está del todo claro. Citamos los lugares que en su obra podrían sostener esta tesis. Así, en 1939, escribe:

«Del modo como la palabra [derecho] es usada, parece que significa un poder. Tener un derecho es imaginado como ser capaz de hacer algo, o reclamar algo. Pero tal poder es inaprehensible, y su naturaleza, parece que no puede ser adecuadamente descrita sin la palabra "derecho". *Algo se pierde cuando otras palabras son usadas*»²⁶.

Teniendo en cuenta que, para Olivecrona, la palabra derecho nada significa, si hay «algo» que se pierde cuando otras palabras son usadas, ese algo sólo puede ser de carácter emotivo. Esto se entiende mejor cuando nos damos cuenta que la función principal del derecho subjetivo es la de dirigir la conducta. Lo que es coherente con la necesidad de que tal palabra tenga una parte emotiva²⁷.

Más tarde, en 1951, escribe:

«Cuando, por ejemplo, calificamos las acciones como buenas o malas, aparentemente adscribimos la propiedad de bondad o maldad a ellas. Sin embargo, es obvio que tales propiedades no pueden ser detectadas en las acciones entre sus propiedades naturales. *La cualificación representa nuestra propia actitud emocional*; carecería de sentido describir una acción como buena o mala si fuera a dejarnos totalmente pasivos. *Las proposiciones sobre la bondad o maldad están provistas de significado [meaning] a través de los correspondientes sentimientos*»²⁸.

²⁶ *LF/I*, p. 121. Cursiva añadida.

²⁷ Sobre el derecho subjetivo, *vid. cap. V*, ep. II.

²⁸ «Realism and Idealism», p. 130. Cursiva añadida.

Ésta es una de las pocas y sucintas referencias expresas a la existencia de un significado emotivo en los términos «bueno» y «malo». Posteriormente, en 1962, esta idea es expresada así:

«Palabras como padre, madre e iglesia hacen referencia a los hechos; *a esto se añade un significado emocional [emotional significance]*. Pero ¿por qué no podríamos tener nombres sin tal referencia? Esta posibilidad no puede ser excluida *a priori*. Es verdad que, en apariencia, los nombres siempre se refieren a realidades. El objeto referido puede, por supuesto, existir solamente en la imaginación, como un centauro. Pero ¿por qué no podría ser que el objeto no existiese siquiera en la imaginación?»²⁹.

Por lo que se refiere al ámbito propio de lo jurídico, es difícil, aunque no imposible, inferir un pensamiento análogo cuando, por ejemplo, afirma que para conseguir la dirección de la conducta de la gente es necesario «algo más» que la comunicación de ciertas ideas acerca de la conducta de la gente. Para él, una norma no es sólo la representación ideal de una conducta, sino que va acompañada de otro elemento. Si yo, ejemplifica, imagino una situación en la que dos conductores van en direcciones opuestas, cada uno por su derecha, no tengo ninguna regla en mente. La regla habla de la conducta que debe ser. Es necesario imprimir en ellos «el *sentimiento* de que cierto patrón de conducta ha de observarse cuando la ocasión surge»³⁰.

²⁹ «Legal Language and Reality», p. 170. Primera cursiva añadida. Aunque la palabra «significance» puede tener el sentido de trascendencia, creemos más acertado en este contexto traducirla por «significado».

³⁰ *LF/II*, p. 115.

Lo usual en su obra, no obstante, es la afirmación de que las nociones jurídicas no significan nada en absoluto³¹. Pero esta afirmación no es incompatible con la eventual y analógica admisión de un significado de orden emocional que venga dado por la función directiva del lenguaje jurídico, pues, como señalamos³², el lenguaje no sólo sirve para describir, sino también para mover a otro a hacer algo.

III. LA VERDAD DE LOS ENUNCIADOS JURÍDICOS

En relación con los enunciados jurídicos, en 1959 Olivecrona todavía emplea la palabra «verdad», si bien con el sentido peculiar que le otorga la función especial que ejerce el lenguaje jurídico:

«La proposición “ésta es la propiedad de A” puede tener su efecto psicológico solamente si se entiende que es verdadera (*true*)»³³.

No conviene entender esta alusión al carácter de verdad del enunciado jurídico en cuestión en el sentido de adecuación a la realidad de las relaciones humanas y su naturaleza, lo que proporcionaría validez racional a dicho enunciado, sino en el sentido de adecuación al sistema jurídico y moral que se estima vigente con carácter efectivo. En efecto, un enunciado jurídico como el mencionado («ésta es la propiedad de A») hace que B y C se abstengan de perturbar al sujeto A si piensan que tal enunciado ha sido deducido correctamente de dicho sistema jurídico

³¹ V. gr., *ibid.*, p. 191.

³² *Vid. ep.* I de este mismo capítulo.

³³ «The Legal Theories...», p. 145.

y moral. Queremos decir con ello que no hay verdad objetiva para Olivecrona en el ámbito jurídico. La verdad es relativa al sistema vigente y efectivo en cada momento.

Pero la desvinculación que Olivecrona establece entre los enunciados jurídicos y la verdad objetiva es doble, porque no sólo conceptúa el sistema jurídico como independiente del Derecho natural y de la justicia como exigencias ontológicas, sino que, además, entiende que la interpretación que el sujeto hace del sistema jurídico vigente es independiente de su propia *verdad* positiva. Así, dice Olivecrona: «no es necesario que la inferencia sea verdadera; basta que *se suponga verdadera*»³⁴.

J. L. Austin, a la hora de establecer las condiciones bajo las cuales cierta proposición es eficaz metalingüísticamente establece también, pero de forma mucho más detallada, dos órdenes de condiciones formales y de eficacia. Para él, una expresión determinada será «afortunada» si se dan las siguientes circunstancias:

- «(A. 1) Ha de haber un procedimiento convencional aceptado, con un efecto convencional, que incluya la expresión de ciertas palabras por ciertas personas en ciertas circunstancias, y, además,
- »(A. 2) las personas particulares y las circunstancias en un caso concreto deben ser apropiadas para la invocación del procedimiento particular al que se ha recurrido.
- »(B. 1) El procedimiento debe ser ejecutado por todos los participantes tanto correctamente como
- »(B. 2) completamente.

³⁴ *Ibidem.*

»(Γ. 1) Donde, como a menudo, el procedimiento es designado para el uso por personas que tienen ciertos pensamientos o sentimientos, o para la creación de cierta conducta por parte de algún participante, entonces una persona que participa y recurre así al procedimiento debe, de hecho, tener esos pensamientos o sentimientos, y los participantes deben tener la intención de conducirse así, y, además,

»(Γ. 2) deben realmente conducirse así en lo sucesivo»³⁵.

Estas condiciones, hábilmente sistematizadas por Austin, sirven para ilustrar el concepto de veracidad olivecroniano, que, más simple, exige, por un lado, condiciones formales (de las encabezadas por Austin con la letra A), y por otro lado, condiciones de eficacia (de las agrupadas por Austin bajo la letra Γ). El enunciado de una ley, por ejemplo, si aplicamos lo dicho arriba, producirá, para Olivecrona, efectos sobre la conducta de los ciudadanos si, por un lado, se han seguido «ciertas formalidades que acaban con la firma del texto [promulgación] por la persona encargada de esta función»³⁶, y si, por otro lado, existe un hábito (psicológico) de obedecer las normas jurídicas³⁷.

No obstante, existen diferencias entre Austin y Olivecrona. Señalaremos únicamente dos. En primer lugar, Olivecrona sostiene que los efectos de los enunciados jurídicos pueden darse con que sólo se crea en su veracidad³⁸. Para el profesor inglés, sin embargo, una expresión inadecuada, que que-

³⁵ AUSTIN, J. L., *How to do Things with Words*, Londres, Oxford University Press, 1962, pp. 14-15. Aunque aquí se ha manejado el texto en inglés, existe versión castellana: *Cómo hacer cosas con palabras: palabras y acciones*, trad. de G. R. Carrió y E. A. Rabossi, Barcelona, Paidós, 1990.

³⁶ «The imperative Element in the Law», p. 806.

³⁷ *LF/I*, p. 154.

³⁸ Además de la cita anterior, «Legal Language...», p. 184.

brante el procedimiento convencional establecido al efecto, impide la realización del acto pretendido³⁹.

La razón por la que esto es así nos ilustra sobre la otra diferencia (radical) entre ambos, que se basa en lo siguiente. El profesor de Oxford señala tres clases de efectos de las palabras: *locucionarios*: el mismo decir algo; *perlocucionarios*, causados por decir algo: v. gr., la simpatía de mis herederos; e *ilocucionarios*, lo que se *hace* cuando se dice algo: v. gr., una promesa, una amenaza, un préstamo, etc. Es decir, para Austin, uno no sólo *dice* y, eventualmente, *ocasiona*, sino que también *hace* algo⁴⁰. Sin embargo, Olivecrona no considera esta última dimensión del lenguaje, y sólo tiene en cuenta los efectos psíquicos y físicos de las palabras (o sea, perlocucionarios). Pensar que se hacen cosas con palabras—v. gr., hacer a alguien rey—es creer en la magia. Los efectos jurídicos, según el profesor de Lund, no son efectos ilocucionarios, sino psico-físicos—v. gr., el hijo romano vendido tres veces no *se hace libre*, sino que *es considerado libre*⁴¹.

³⁹ AUSTIN, J. L., *How to do Things with Words*, op. cit., p. 15 ss.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 101.

⁴¹ *LF/II*, pp. 221 ss. Olivecrona desconoce las nociones wittgensteinianas de «seguir una regla» y «juego de lenguaje». Sobre estos conceptos, *cfr.*, por ejemplo, SÁNCHEZ CÁMARA, I., *Derecho y lenguaje. La filosofía de Wittgenstein y la teoría jurídica de Hart*, Universidad de La Coruña, 1996, pp. 28 ss. Parafraseando a Wittgenstein, el error de Olivecrona podría estar en «buscar una explicación allí donde deberíamos ver los hechos como “proto-fenómenos”. Es decir, donde deberíamos decir: *éste es el juego de lenguaje que se está jugando*» (WITTGENSTEIN, L., *Investigaciones filosóficas*, trad. de la 3.ª ed. (1967) de A. García Suárez y U. Moulines, Barcelona, Crítica, 1988, par. 654). En otras palabras, es una manera de hablar, y su veracidad no se puede establecer empíricamente, sino atendiendo al juego del lenguaje propio del Derecho. Esto es lo que lo lleva a introducir la noción de «corrección», de la que se trata a continuación.

Posteriormente, en 1971, Olivecrona deja de hablar de verdad, y pasa a hablar de «corrección», estableciendo la distinción entre verdad y corrección. A su juicio, no se puede hablar de verdad en relación con el Derecho:

«La cuestión de la verdad es tan inútil en relación con las oraciones emotivas como en relación con las oraciones que tienen por fin inducir a cierto comportamiento, como las órdenes»⁴².

Es lógico pensar que si una orden, una norma o la expresión «derecho subjetivo» tienen como finalidad la promoción de determinado comportamiento, como éste sólo es tenido intencionalmente, es decir, como una idea en potencia o como un plan de acción a realizar pero que todavía no existe en acto, al no poder ser verificados, aquéllos no pueden ser ni verdaderos ni falsos.

Una aserción acerca de la composición mineral de una roca puede ser verificada examinando la roca, pero una aserción acerca de la titularidad de una vaca no puede realizarse examinando la vaca. La verificación, en este caso, atiende a las normas jurídicas y a los títulos que permiten realizar la atribución. Si, de acuerdo con ellas, Ticio es propietario de la vaca, la aserción es correcta, pero no verdadera: «Corrección—escribe—significa estar de acuerdo con el Derecho»⁴³. Se trata de comprobar que Ticio ha adquirido la vaca de Cayo según uno de los modos de adquisición previstos en la ley; que Ticio y Cayo tienen capacidad de obrar; que la vaca está libre de cargas, etc.

⁴² «Legal Language and Reality», p. 184.

⁴³ *LF/II*, p. 197.

De acuerdo con este sentido, las afirmaciones acerca de la «existencia» de derechos, deberes y otras cualidades jurídicas que son realizadas con el fin de dar información pueden ser estimadas correctas o incorrectas. Si se entiende que son correctas, se confía en ellas, y se cree haber adquirido cierta información, con arreglo a la cual se actúa: «la corrección—escribe—se requiere para que tales enunciados tengan influencia en el comportamiento. Frases como “esto es mío” o “esto pertenece a A” no pueden ser influyentes si no son vistas como correctas»⁴⁴.

Sin embargo, como decimos, desde un punto de vista empírico no puede ser establecida la corrección de estos enunciados. V. gr., no es un hecho empírico que yo posea una casa, o que una pareja esté casada, o que alguien sea juez. Tales enunciados se fundan en un sistema jurídico desde el que adquieren sentido⁴⁵.

Por ejemplo, dado el enunciado «N. es presidente del país P», si queremos determinar su corrección, acudimos a la constitución de P, donde se establece cierto modo de elegir presidente. Posteriormente comprobamos que N. ha sido elegido por esta vía y que todo el mundo lo considera como tal presidente, de tal forma que la gente amolda su comportamiento a esta circunstancia.

Olivecrona se plantea qué pasaría si este lenguaje con estas consecuencias no existiera. Ello supondría—responde—que el enunciado «N. es presidente de P» perdería todo significado, y

⁴⁴ *Ibid.*, p. 259.

⁴⁵ *Ibidem.*

equivaldría al de un lunático que se creyese el emperador de la China. La cualidad de ser presidente—concluye—no existe, «únicamente—escribe—hay un uso regularizado del lenguaje según el cual N. es presidente y una serie de consecuencias sociales»⁴⁶.

Este uso lingüístico y social del título es una de las piezas de la maquinaria jurídica. Corrientemente se piensa que el titular *es* realmente el presidente. Cualquier duda es solventada de acuerdo con las reglas constitucionales sobre la elección, según la concreta elección que tuvo lugar. Pero este tipo de «verdad» no interesa al historiador. A él, lo que realmente importa es que durante cierto período de tiempo la titularidad fue efectivamente atribuida a cierta persona. Lo que tiene que hacer el historiador es describir cómo funcionaba la maquinaria jurídica de hecho. ¿Era Napoleón emperador de Francia, o simplemente detentaba este título? Así fue efectivamente considerado desde 1804 hasta 1815. Sin embargo, para los borbones y para los exiliados era un usurpador. Según el profesor de Lund, no se puede decidir quién tenía razón. Únicamente cabe describir qué decía y hacía la gente. La distinción entre verdad y corrección es fundamental cuando se quiere realizar una aproximación científica a la cuestión, tratando de cohonestar los datos del mundo jurídico con los del mundo de los hechos⁴⁷.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 266.

⁴⁷ *Ibid.*, pp. 266-267. Sin embargo, esta distinción es relativa, pues la corrección que nos muestra no es el resultado de un proceso demostrativo, sino la que es tenida por tal. Es decir, lo que importa no es tanto que la elección de N. haya sido objetivamente correcta, sino que sea considerada como correcta, lo cual se puede comprobar empíricamente.

IV. EL RAZONAMIENTO EN EL DERECHO

Olivecrona no dedica a la lógica jurídica como tema un lugar determinado. Sin embargo, alguna conclusión puede extraerse de sus consideraciones acerca de cuándo son correctos los enunciados jurídicos, al depender, como hemos visto, de un sistema de reglas. Para ello, el siguiente pasaje es de interés:

«El alcance de la corrección no radica en que existe un derecho, una obligación o una cualidad jurídica. La corrección de acuerdo con las normas jurídicas significa que es conforme con estas reglas atribuir un derecho, una obligación o una cualidad jurídica a una persona. Es un cierto modo de utilizar el lenguaje jurídico. La atribución del derecho de propiedad a una persona es, por así decirlo, un eco de las normas concernientes al derecho de propiedad. Las normas dicen que se adquiere de cierta manera el derecho de propiedad sobre un objeto. Cuando se considera que una persona ha “adquirido” de la manera adecuada, de acuerdo con las normas, el derecho de propiedad sobre un objeto, decimos que tiene el derecho de propiedad sobre él»⁴⁸.

Esto quiere decir que hay ciertas reglas, que permiten «decir» que alguien tiene un derecho, una obligación o una cualidad jurídica. Por tanto, se diría que, aunque sea en un nivel puramente lingüístico, existe un razonamiento jurídico. Concretando más, la forma de este razonamiento parece que sigue un esquema silogístico: si la ley dice que la propiedad se adquiere por ocupación, y se considera que N. ocupa una cosa, se puede decir o considerar que esa cosa es propiedad suya.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 259.

A pesar de que, como decimos, la lógica no parece estar completamente excluida del razonamiento jurídico en el pensamiento de Olivecrona, hay que notar que el profesor de Lund aprecia «muchas diferencias de opinión» en la atribución de derechos, obligaciones y cualidades jurídicas. De estas controversias dice que normalmente se resuelven sin acudir a juicio, aunque otras veces la diferencia se zanja a través de abogados, que negocian una solución. Sólo una pequeña minoría se dirimen en los juzgados, donde se da la última palabra sobre la corrección de la atribución de derechos, obligaciones y cualidades jurídicas. En este ámbito, las operaciones lógicas también ocupan un ámbito restringido. Como señala Olivecrona, en el proceso de decisión judicial intervienen numerosas valoraciones. La valoración, en cualquier caso, es común en el ejercicio de todos los operadores jurídicos. El profesor de Lund menciona expresamente al legislador y el ciudadano corriente⁴⁹.

Pero esto no debe hacer perder de vista que, como ha quedado dicho, lo normal es que las diferencias de opinión se den en pocos casos. De ordinario, hechos y Derecho son claros, y las valoraciones uniformes. Muy rara vez se disputa acerca de si fulano está o no casado, sobre si mengano tiene la propiedad de la casa que dice tener, acerca de si algo es una letra de cambio, en torno a si una sociedad está registrada, sobre si zutano es miembro del Parlamento o es jefe de Estado, etc. La confirmación de todo ello—apunta Olivecrona—se hace con base en las normas jurídicas y en ciertas valoraciones que son tácitamente

⁴⁹ *Ibid.*, p. 260. Sobre la valoración, *vid. cap. VIII*.

presupuestas. «Sin esta base, toda discusión sobre la corrección de los enunciados jurídicos es absurda»⁵⁰.

V. CRÍTICA DE LA TEORÍA DE LAS «EXPRESIONES PERFORMATIVAS»

La teoría de las expresiones «performativas»⁵¹ fue formulada por John L. Austin en 1946, en un artículo que llevaba por título «Other Minds»⁵². No obstante, las ideas que en él se contienen las venía fraguando desde 1939, y fueron objeto de las clases que impartió en Oxford desde 1952 hasta 1954. Un año después, en 1955, el profesor inglés dictó en Harvard una serie de conferencias, que fueron recogidas en el libro *How to do Things with Words*, publicado más tarde, en 1962⁵³. No obstante, un año antes de la publicación de este trabajo apareció un avance suyo en el libro *Philosophical Papers*⁵⁴, que recogía un debate que fue emitido radiofónicamente en 1956, el cual es citado por Olivecrona en el artículo «Legal Language and Reality» (1962). El profesor de Lund pronto mostraría un vivo interés por la teoría de las expresiones performativas; a pesar de que, en 1943, tras la estela de Hägerström, ya se había adelantado a escribir sobre los

⁵⁰ *Ibid.*, p. 261.

⁵¹ Aunque en ocasiones se las ha denominado entre nosotros «expresiones realizativas», se ha generalizado el uso del neologismo «performativo» que Austin quiso introducir por primera vez en la lengua inglesa (*performative*).

⁵² AUSTIN, J. L., «Other Minds», en *Proceedings of the Aristotelian Society*, 20 (1946), pp. 148-187.

⁵³ AUSTIN, J. L., *How to do Things with Words*, *op. cit.*

⁵⁴ AUSTIN, J. L., *Philosophical Papers*, Oxford, Clarendon Press, 1961.

que entonces llamó «imperativos de existencia», los cuales tenían la función crear derechos y obligaciones⁵⁵.

Una de las tesis principales de *How to do Things with Words* consiste en la afirmación de que un enunciado (*statement*) no sirve únicamente para describir o constatar cierto estado de cosas—descripción o constatación que podría ser verdadera o falsa—, sino que puede también *hacer* otras muchas cosas, tales como expresar deseos, formular preguntas, dictar órdenes, etc.

Olivecrona, al conocer esta tesis, la adopta inmediatamente para dar más clara expresión a la suya, según la cual, originalmente, el Derecho obedecía a una concepción mágica. En su opinión, «el sentido de todo enunciado performativo es, de hecho, mágico»⁵⁶. Considera que el propósito de este tipo de enunciados es el de crear relaciones de carácter no físico, y por ende no real, a través de la pronunciación de ciertas palabras⁵⁷. Esto equivale a la equiparación entre el lenguaje performativo y el lenguaje mágico.

Con este tipo de *referencias*—opina Olivecrona—no se trata de describir nada. Su finalidad es hacer cosas a través de ellas. Por ello no pueden ser ni verdaderas ni falsas⁵⁸. Esto proporciona, como vamos a ver, una buena base para entender los conceptos jurídicos.

⁵⁵ En *Domen i tvistemål*, op. cit., p. 69, citado en *LF/II*, p. 134.

⁵⁶ «Legal Language and Reality», p. 175.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ *Ibid.*, pp. 168-169, 187-188.

Siguiendo ejemplos usados por el mismo Austin, Olivecrona comenta cómo el que bautiza una embarcación mediante las palabras «yo bautizo este barco como Queen Mary» no está describiendo lo que hace, sino que simplemente está bautizando el barco, esto es, haciendo algo. Y cuando alguien dice en una boda «sí, quiero», no está informando acerca de un matrimonio, sino que está contrayéndolo. Por último, cuando se dice «te hago entrega de este reloj», el donante no está describiendo el acto de la donación, sino que está haciendo una donación. En consecuencia, todas estas palabras no son, para Austin, ni verdaderas ni falsas, pero tampoco carecen de sentido⁵⁹.

Olivecrona se pregunta cuál es entonces el significado de estos enunciados, porque, en efecto, es lógico pensar que tienen significado, ya que los usamos a diario. Por eso lamenta que Austin no se ocupe de esta cuestión. También echa de menos un tratamiento de la naturaleza de los supuestos efectos no psicológicos de los actos rituales, ya que Austin no se plantea qué significa el que una pareja se haya casado o el que un barco haya sido bautizado, etc. Ésta ha sido la causa, en su opinión, de que el profesor de Oxford haya perdido de vista un elemento fundamental en este tipo de actos: el que su finalidad es producir una serie de supuestos efectos no psicológicos. Por eso acaba admitiendo como performativas expresiones como «te felicito», «te advierto» y otras, que no están llamadas a producir tales supuestos efectos no psicológicos, por lo que se acaba diluyendo la categoría de las expresiones performativas⁶⁰.

⁵⁹ AUSTIN, J. L., *How to do Things with Words*, op. cit., p. 4.

⁶⁰ *LF/II*, pp. 234-237.

*1. Origen y originalidad de la tesis de las expresiones
performativas*

A pesar de que Olivecrona se vale de la teoría austiniana de las expresiones performativas, reivindica el carácter precursor de Hägerström en esta materia: «él hablaba—escribe—de magia donde otros hablan ahora de expresiones performativas»⁶¹.

Para maestro y discípulo, «la creencia en la magia es común a todos los pueblos “primitivos”»⁶²; mágica es la explicación de la creación del mundo («¡hágase la luz!»); mágicas son las ceremonias para conseguir la fertilidad del suelo; para curar enfermedades; para infligir el mal en el enemigo; para aplacar la ira de los dioses; para producir efectos invisibles; para conferir efectos misteriosos a una persona; para hacer peligroso atravesar un límite, etc.⁶³.

Hay numerosos ejemplos históricos. Cuando los noruegos colonizaron Islandia en el siglo XIX—explica Olivecrona—, con el fin de determinar el lugar en que habían de establecerse los colonos, procedían de la siguiente manera. Tomaban los simulacros en que creían que sus dioses domésticos moraban y los tiraban por la borda. Allá donde recalaban era donde se establecían. A su vez, para la apropiación de cierta porción de terreno el procedimiento que seguían consistía en disparar flechas encendidas sobre el terreno que iba a ser adquirido. A través de ello creían que un poder místico o mágico era adquirido sobre la cosa. Para

⁶¹ «Legal Language and Reality», p. 175.

⁶² *LF/II*, p. 226.

⁶³ *Ibidem*.

el profesor de Lund, el carácter mágico de esta clase de ritos es claro⁶⁴.

Estima Olivecrona que los ejemplos de adquisiciones jurídicas a través de ceremonias mágicas son muchos. En Kenia, por ejemplo, la tribu de los Kikuyu tenía por vecina a una tribu nómada. Esta tribu era exigua y podía ser, sin gran esfuerzo, despojada de sus tierras. Pero los Kikuyu no hicieron esto, porque estaban convencidos de que los dioses protegían a sus vecinos. Por ello buscaron un acuerdo, que consistió en darse en mutua adopción a los respectivos dioses, con el fin de que éstos fueran comunes a ambos. Una vez hecho esto, se procedió al deslinde de los campos, que se hizo junto con ciertos sacrificios a los dioses y a los antepasados⁶⁵.

Los romanos también compartían este tipo de creencias en la magia. Así, consideraban que la guerra había de ser justa y pía, así como aceptable para los dioses. A su vez, la compraventa, tal y como estaba regulada en Roma, constituía un contrato solemne, por lo que había de seguirse con todo rigor el procedimiento establecido al efecto. Entre otras exigencias, el adquirente debía pronunciar cierta fórmula, en la que destacan las palabras «mihi emptus esto», que subrayan el carácter imperativo del enunciado, cuya finalidad era producir la transmisión efectiva. Es evidente—considera Olivecrona—que nos encontramos ante un claro caso de magia verbal: «¿qué otra cosa—se

⁶⁴ «Legal Language and Reality», p. 176.

⁶⁵ LEAKEY, L. S. B., *Mau-Mau and the Kikuyu*, 1953, pp. 2 ss., citado en *LF/II*, pp. 226.

pregunta—sino la magia va a producir un efecto a través de palabras solemnemente recitadas durante un acto ritual?»⁶⁶.

También en la ceremonia matrimonial vigente en Suecia durante la Edad Media encuentra el profesor de Lund muchos elementos que sólo pueden ser explicados mediante la clave mágica. Dicha ceremonia incluía, entre otras cosas, el recitado de una fórmula aliterativa, en cuya virtud la novia era entregada al novio y recibía todos aquellos bienes matrimoniales que en la época se estimaban característicos del ama de casa (*Hausfrau*). Esto se producía junto con el banquete de bodas, que a buen seguro—piensa Olivecrona—, tenía originalmente un carácter ritual, como indica el hecho de que la novia debía ocupar el llamado asiento de la novia (*Brautsitz*), que se consideraba como sagrado⁶⁷. La ceremonia matrimonial sueca—estima el profesor de Lund—era originalmente una ceremonia pagana, a la que posteriormente fue añadida la mención cristiana del nombre del Padre, del Hijo y del Espíritu Santo, que, «naturalmente»—opina—, es algo sobrevenido. Hay que pensar que si la ceremonia hubiera sido creada bajo el influjo del cristianismo—añade—habría tenido sin duda otro carácter, y el oficiante habría sido un sacerdote. La Iglesia, por tanto, sólo pudo añadir la mencionada apostilla⁶⁸.

El carácter mágico de la ceremonia matrimonial se refleja en su parecido con la *taga konung* (provisión de rey), de que nos

⁶⁶ *Ibid.*, pp. 229-230.

⁶⁷ *Das Werden eines Königs...*, pp. 23-24.

⁶⁸ *Ibid.*, pp. 24-25.

hemos ocupado más arriba⁶⁹. En la ceremonia matrimonial una mujer es entregada como ama de casa, y en la ceremonia de coronación, un hombre «es tomado para» rey. Asimismo, la novia se coloca en un asiento especial, mientras el elegido rey o bien se sienta en el trono, o bien sube sobre la piedra sagrada. Otra semejanza se deriva del hecho de que a la novia se le atribuye el nombre de ama de casa y al príncipe electo el de rey. Por otro lado, ambas fórmulas son fáciles de retener en la memoria, e indican los deberes que conlleva el nuevo estatus: en el caso de la mujer se insiste en su condición de ama de casa y en la participación en los bienes del matrimonio, y en el caso de la coronación se pone el acento en que el cargo se ha de desempeñar en beneficio del pueblo. Por último, la remoción del rey se hace mediante un *actus contrarius*, y ése parece ser también el caso del matrimonio⁷⁰.

En definitiva, la tesis de que con palabras se hacen cosas pertenecía ya al acervo del realismo jurídico escandinavo. Ahora bien, debido a que los efectos a que se refieren los escandinavos son exclusivamente psicológico-sociales, el parecido con la tesis de las expresiones performativas, que trata de iluminar una nueva dimensión de lenguaje—la ilocucionaria—, queda muy disminuido.

2. Función y naturaleza de las expresiones performativas

El lenguaje conserva todavía en la mente humana—aunque en mucha menor medida que en otros tiempos—su potencia mági-

⁶⁹ Vid. cap. II, ep. III y IV de este mismo trabajo.

⁷⁰ *Das Werden...*, pp. 25-26.

ca. Hägerström considera que la señora que compra pescado en el mercado realiza un acto de magia⁷¹. Para entender esto, conviene no perder de vista cuál es el propósito director del Derecho, pues las expresiones performativas están a su servicio⁷².

Tomemos nuevamente el ejemplo del matrimonio. ¿A qué realidad se refiere la palabra «matrimonio»? Podría pensarse que se corresponde con una situación en la que dos personas—generalmente hombre y mujer—viven juntos. Pero he aquí que un hombre y una mujer pueden vivir juntos no estando casados; y viceversa, pueden estar casados y vivir separados. Lo que comúnmente se entiende por matrimonio—aclara Olivecrona—es una supuesta unión espiritual, que es independiente de la efectiva vida marital⁷³. Para el profesor de Lund, «el matrimonio es sólo un ejemplo entre otros de la idea de una entidad metafísica creada por algunos hechos jurídicos»⁷⁴. Por tanto carece de realidad. Pero que carezca de realidad no significa que carezca de *función*.

⁷¹ HÄGERSTRÖM, A., «Vergleich zwischen den Kraftvorstellungen der primitiven und modernen Kulturvölker», en *Festschrift für Grotenfelt*, Helsinki, 1933, p. 84, citado en «Legal Language and Reality», p. 175.

⁷² «Legal Language and Reality», p. 177.

⁷³ En efecto, el matrimonio es independiente de la efectiva vida marital, pero la doctrina más autorizada no lo entiende como una unión espiritual, sino como un vínculo jurídico. *Cfr.*, por ejemplo, HERVADA, J., «Esencia del matrimonio y consentimiento matrimonial», en *Escritos de derecho natural*, op. cit., p. 488.

⁷⁴ «Law as fact», p. 549.

Para Olivecrona, las expresiones performativas son imperativos, si bien formulados en modo indicativo. Su finalidad no es constatar algo, sino hacer que suceda algo. En el ejemplo anterior, lo que se hace es *casar* a dos personas. La fórmula «yo os declaro marido y mujer» es, por tanto, un imperativo velado⁷⁵.

Con la magia se quiere incidir en la configuración de la realidad mediante diversos instrumentos y, si bien es verdad que la creencia en la magia casi ha desaparecido, la técnica permanece. Por eso se dicta un imperativo. Pero un imperativo impersonal, no dirigido a ninguna persona. Cuando se bautiza un barco como *Queen Elizabeth* no se ordena a nadie. Tampoco cuando se hace donación de un reloj⁷⁶.

Esto suscita básicamente dos cuestiones. La primera consiste en elucidar si es posible la existencia de un imperativo no dirigido a nadie. La segunda se refiere al problema de la naturaleza de los efectos producidos por esta clase de imperativos.

Comencemos por la primera cuestión. ¿Es preciso un destinatario particular? Para Olivecrona «es sólo una preconcepción el que un imperativo disponga sobre la conducta de un destinatario»⁷⁷. Según el profesor de Lund existen otras clases de imperativos. De hecho, considera que el lenguaje está lleno de ellos. Por ejemplo, los que imponen un sentimiento, como «¡jama al prójimo!»⁷⁸. Otra clase de ellos son los que carecen de destina-

⁷⁵ *LF/II*, p. 218.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 219.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 219.

⁷⁸ *Ibidem*.

rio. El profesor de Lund señala el caso del primer capítulo del *Génesis*, donde hay un pasaje que dice textualmente: «¡haya luz!, y hubo luz». Claramente se ve aquí que no se dirige a nadie. En él no se prescribe acción alguna. Pero el lenguaje religioso no es el único que muestra imperativos de este tipo. Son comunes también en el lenguaje jurídico. Así, la ley de las XII Tablas establece lo siguiente: «si pater filium ter venum duuit, filius a patre liber esto», que es un precepto no dirigido a nadie. Ni se refiere al padre ni se refiere al hijo, únicamente se dirige a un cambio en el estatus del hijo, que se convertirá en libre en el supuesto de que su padre lo haya vendido tres veces. En la misma ley se dice: «patronus si clienti fraudem fecerit, sacer esto», el cual es un precepto que tiene por finalidad hacer del patrón que defrauda *sacer*, donde tampoco encontramos destinatario alguno. Por último, en esta misma fuente, se dispone: «cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nupassit, ita ius esto», donde se busca, sin mandar a nadie en concreto, otorgar imperativamente fuerza jurídica a determinadas declaraciones hechas con ocasión de la *mancipatio*⁷⁹.

Otros ejemplos mencionados por Olivecrona son los siguientes: la fórmula adecuada para la institución de heredero, que es, en opinión de Gayo, la siguiente: «Titius heres esto!», la cual tampoco se dirige a nadie, sino a la misma institución de heredero; la ceremonia de coronación sueca, que ya conocemos, dirigida a investir al elegido en la condición regia, o la constitución de los EE UU, donde se dispone indeterminadamente que el poder legislativo residirá en el congreso y que el poder ejecutivo

⁷⁹ *Ibid.*, pp. 219-220.

recaerá en el presidente, las cuales son, en su opinión, disposiciones que no constituyen órdenes, pues no se dirigen a nadie, sino que se limitan a atribuir ciertos poderes. Los ejemplos se multiplican. En el nombramiento de juez, se dice: «N. será juez», lo que tiene la virtud de investir a N. en esta nueva condición, de que carecía hasta ese momento. En definitiva, la conclusión que extrae el profesor de Lund de todo ello es que no sólo es posible, sino muy habitual, la existencia de imperativos sin destinatario⁸⁰.

Por lo que se refiere a la *naturaleza* de los efectos producidos, fácilmente se advierte—opina Olivecrona—que se trata de efectos de orden físico, como aquellos contenidos en el *Génesis*. La ley no tiene la virtud de conformar directamente por sí misma el orden social, sino que opera mediante mecanismos psicológicos, a través de la mente de los ciudadanos⁸¹.

Téngase en cuenta que la ley de las XII Tablas gozaba de gran veneración entre los romanos. La gente, efectivamente, creía que el hijo que había sido vendido tres veces se hacía *libre*, que el patrón defraudador se convertía en *sacer*, y que el instituido heredero, llegada la ocasión, se convertía en *heredero*. Para los romanos—afirma el profesor de Lund—éstas eran cualidades reales. La consecuencia es que modificaban su comportamiento con respecto a estas personas. Por tanto, lo que existe es una concatenación de causas y efectos:

⁸⁰ *Ibid.*, pp. 220-221.

⁸¹ *Ibid.*, pp. 221-222.

«Las palabras de la ley están visibles en las tablas expuestas en el foro.—Existe una reverencia general hacia esta ley.—Todo el mundo se siente obligado a obedecer el Derecho.—Se producen ciertos acontecimientos, como las tres mancipaciones de un hijo.—Se considera que la situación jurídica ha sido modificada.—Por tanto, uno debería obrar de cierta manera [respecto de ese hijo]»⁸².

Curiosamente—observa el profesor sueco—hoy se sigue entendiendo que los derechos, obligaciones y otras cualidades jurídicas son creados, modificados o extinguidos a través de hechos operativos, en virtud de la ley, formando un mundo suprasensible de derechos, obligaciones y cualidades jurídicas. Nadie sostiene que los efectos sean físicos—como los que pretendería tener un hechicero que quisiera provocar la lluvia—, sino que se entiende que tienen lugar en la esfera suprasensible del Derecho. Esto a nosotros nos parece muy natural porque estamos acostumbrados a esta manera de pensar y hablar. Ordinariamente no nos paramos a meditar sobre el lenguaje performativo; simplemente sabemos cómo usarlo con fines prácticos. «Las dificultades teóricas que envuelven—escribe—son un problema sólo para escritores de filosofía y ciencia jurídica»⁸³.

Lógicamente, Olivecrona no puede admitir que la naturaleza de los efectos en cuestión sea de carácter suprasensible. Su eficacia, para él, es psíquica y mediata. Depende de la «idea» de que los enunciados jurídico-performativos son capaces de crear de hecho ciertos efectos llamados jurídicos. Retomemos el ejemplo del bautizo de la nave. Supongamos que la esposa del

⁸² *Ibid.*, p. 222.

⁸³ *Ibid.*, p. 224.

presidente de la compañía naviera, según lo establecido, estrella la botella de champán contra el casco y bautiza el barco como *Queen Elizabeth*. A partir de ese momento, todo el mundo tiene al barco como *Queen Elizabeth*. Pero imaginemos también que un desaprensivo agarra la botella en el último momento y la estampa contra el barco diciendo: «bautizo este barco como Generalísimo Stalin». En este caso, la gente no se siente afectada por el acto en cuestión. Para Olivecrona, «la diferencia radica en el efecto de la oración performativa en otras mentes». Mientras que todo el mundo está predispuesto para aceptar el nombre oficial, no sucede lo mismo en el otro caso. Existe una costumbre establecida según la cual sólo la persona autorizada puede bautizar el barco⁸⁴. Por tanto—escribe—, «el efecto es psicológico; depende de la predisposición de las personas a responder de modo uniforme al acto; a saber: a usar un cierto modo de hablar en relación con el barco»⁸⁵. Objetivamente el nombre no está vinculado al barco. Lo único que sucede es que la gente usa el nombre cuando se refiere al barco. Lo mismo sucede con el matrimonio. Tras la ceremonia, la gente tiene en una nueva estima a la pareja, y los trata de manera distinta. El efecto psicológico—escribe—es «instantáneo y de gran alcance». Ningún vínculo místico se ha formado. Olivecrona no niega que el matrimonio sea una realidad, pero sí que lo sea de carácter suprasensible. Según él, «consiste en cierto lugar en el contexto social, que depende de la reacción uniforme de la gente hacia la ceremonia matrimonial. Elimínese esta reacción, y las palabras per-

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 225.

formativas son inanes»⁸⁶. En consecuencia, como es el acto el que hace creer que se producen los efectos, cuando no se sigue correctamente, no se cree que se hayan producido efectos⁸⁷.

En definitiva, todos los efectos de la ceremonia matrimonial son psicológicos. No es correcto hablar de efectos en relación con los efectos jurídicos. Ningún efecto jurídico surge de la ceremonia matrimonial. Simplemente, se añade un nuevo hecho que modifica a los ojos de la gente la situación precedente. A partir de ahí, las normas que son tomadas en consideración son las referidas a las personas casadas. «En último término—escribe—todos los efectos reales son psicológicos»⁸⁸.

La exposición concluye así:

«Es evidentemente un sinsentido atribuir efectos psicológicos a expresiones verbales. Pero, desde un punto de vista moderno, sería absurdo afirmar que las palabras pudieran tener el poder de crear efectos de cualquier otra clase. No creemos que sea posible “hacer cosas con palabras” en tal sentido. Ésta es, al menos, la opinión científica»⁸⁹.

Por último, tenemos que aclarar que si bien la función de las expresiones performativas se pone de manifiesto y la explica Olivecrona en relación con la creación, modificación y extinción de situaciones jurídicas subjetivas, el mismo acto objetivo de legislar también habría de verse como un uso del lenguaje per-

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 226. Aunque se refiere al acto de matrimonio, puede extenderse a todo acto jurídico en general.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 238.

formativo, por cuanto que la promulgación de una ley tiene como efecto la transformación de un texto bruto en una disposición válida y vinculante. Cuando el jefe de Estado estampa su firma en el proyecto, según la teoría olivecroniana, además de imprimir su nombre con la pluma, hace algo más, que es promulgar la ley, lo que tiene importantes efectos psicológicos. Por eso, aunque, con Olivecrona, nos ciñamos al ámbito jurídico-privado cuando hablamos de las expresiones performativas, conviene tener en cuenta que de su teoría del Derecho se desprende que este mecanismo no es exclusivo de este ámbito⁹⁰.

VI. ALGUNAS OBSERVACIONES SOBRE EL CRITERIO OLIVECRONIANO DE SIGNIFICADO

Ya se ha expuesto la distinción que establece Olivecrona entre lo que es constatar un hecho e imperar una acción. Mientras que de una constatación se puede decir que es verdadera o falsa, de un imperativo no es posible hacer un juicio análogo. Consecuentemente, los términos éticos y jurídicos son sólo signos emotivos que carecen de significado⁹¹.

Esto ha sido contestado por diversos autores. Se ha señalado que la imposibilidad de determinar la verdad de un enunciado responde a una noción previa de significado, que actúa como presupuesto, y se corresponde con un tipo de análisis neopositivi-

⁹⁰ Así, en *LF/II*, pp. 89, 95, 216; también, en «The Imperative Element in the Law», pp. 805-806.

⁹¹ *Vid. ep. I a III* de este mismo capítulo.

vista⁹². Bagolini afirma que los enunciados directivos pueden ser verdaderos o falsos. Para demostrarlo parte de la teoría del significado del profesor Niels E. Christensen⁹³. Según el profesor danés, el enunciado asertivo del hecho de cruzar un semáforo en verde y el enunciado directivo que indica la posibilidad de cruzar en verde dicho semáforo tienen el mismo significado, que constituye el contenido de ambos enunciados. El significado es el mismo, lo que varía es el uso⁹⁴.

Si tenemos la posibilidad de utilizar el lenguaje para fines diversos—opina el profesor danés—, ello es debido a que conocemos el significado de las expresiones que utilizamos. En otras palabras, ello es debido a que sabemos cómo éstas podrían utilizarse para enunciar hechos⁹⁵.

Teorías como la de Wittgenstein, según la cual el significado está constituido por el mismo uso⁹⁶, atribuyen al lenguaje

⁹² BAGOLINI, L., «Positivismo giuridico e analisi del linguaggio», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1966, p. 965.

⁹³ Vid. CHRISTENSEN, N. E., *On the Nature of Meanings. A Philosophical Analysis*, Copenhagen, 1961, pp. 91 ss. Existe versión castellana: *Sobre la naturaleza del significado*, trad. de J. C. García Borrón, Barcelona, Labor, 1968, pp. 62 ss.

⁹⁴ BAGOLINI, L., «Positivismo...», pp. 967-968. La referencia sobre la que se basa se encuentra en la p. 63 de la versión castellana del libro de CHRISTENSEN.

⁹⁵ CHRISTENSEN, N. E., *Sobre la naturaleza...*, pp. 64 y 70.

⁹⁶ WITTGENSTEIN, L., *Philosophische Untersuchungen* (1953), trad. de la 3.^a ed. inglesa (1967) de A. García Suárez y U. Moulines, Barcelona, Crítica, 1988, par. 43: «Para una gran clase de casos de utilización de la palabra “significado”—aunque no para todos los casos de su utilización—puede explicar-

muchos y muy distintos papeles además del de construir afirmaciones sobre la realidad. Con ello, acaban separando significado y verdad. Para Christensen, sin embargo, significado sólo hay uno, y de él podemos hacer usos diferentes. El uso, por tanto, no afecta al significado. El significado únicamente interesa una clase de uso: aquél cuyo objeto es enunciar un hecho o hacer una aserción verdadera. Sin éste, el resto de usos de que habla Wittgenstein no serían posibles. Ese uso existe en virtud del significado del significado. El significado es algo que subyace y sustenta al uso. Las palabras utilizadas para, por ejemplo, dar órdenes continúan siendo significativas en la medida en que podrían ser utilizadas para establecer verdades⁹⁷. Para que la autorización de cruzar la calle en verde ejerza su función directiva, es necesario que se entienda lo que significa cruzar la calle. Sólo si esto se da, la autorización tiene significado. Esto permite concluir al profesor de Bolonia que «el significado es, por tanto, en este caso condición imprescindible de dicha función directiva»⁹⁸. Por tanto, el carácter directivo de un enunciado no excluye su significado y que pueda ser verdadero o falso, de tal manera que la veracidad constituya precisamente la condición im-

se esta palabra así: El significado de una palabra es su uso en el lenguaje». Obsérvese que matiza que esto no es así para todos los casos. Como señala Sánchez Cámara, no hay tampoco un significado único de «significado». «El significado de la palabra "significado" también es su uso, y este uso no es necesariamente el mismo siempre. El significado de una palabra no es invariable; depende del contexto en el que se utiliza» (SÁNCHEZ CÁMARA, I., *Derecho y lenguaje...*, *op. cit.*, pp. 30-31).

⁹⁷ CHRISTENSEN, N. E., *Sobre la naturaleza...*, *op. cit.*, pp. 168-174.

⁹⁸ BAGOLINI, L., «Positivismo giuridico...», *op. cit.*, p. 968.

prescindible de la misma función directiva. Así, pues, según esta manera de ver las cosas, el carácter directivo del discurso en el que se expresa la labor del jurista no excluye que este discurso tenga significado⁹⁹.

En la crítica anterior debe distinguirse cuidadosamente la cuestión del significado de las proposiciones jurídicas y el problema de si son o no susceptibles de verdad/falsedad. Por lo que respecta a la primera cuestión, en nuestra opinión, el planteamiento que hace Bagolini es plausible, pero no concluyente, y el propio Olivecrona podría suscribirlo sin necesidad de retractarse. Es más, no hay razones para pensar que el profesor de Lund no comparta la idea expuesta por el profesor italiano de que para que la autorización de cruzar la calle en verde ejerza su función directiva es necesario que se entienda lo que significa cruzar la calle. Pero entonces lo significativo es sólo la proposición «cruzar la calle». En consecuencia, Olivecrona podría seguir argumentando que «estar autorizado» carece de significado y se emplea exclusivamente al servicio de la función directiva del enunciado completo.

Lo mismo se puede decir de las críticas que hacen otros autores. En este sentido se ha afirmado que del hecho de que no haya ningún objeto determinado en el que se pueda cifrar la referencia semántica de los conceptos jurídicos estudiados por Olivecrona, no se puede deducir que éstos no signifiquen nada en absoluto. Se trata de términos relativos, «términos que no son verdaderos respecto de objetos singulares, sino de muchos ob-

⁹⁹ *Ibidem*.

jetos, doblemente, triplemente, cuádruplemente»¹⁰⁰. Un término relativo es verdadero respecto de varios objetos a la vez. Así, por ejemplo, la relación «más grande que», valiéndose del término relativo señalado, es verdadero respecto de pares de objetos. Los términos jurídicos—se dice—son términos relativos. Por eso es claro que no encontraremos ningún objeto particular que pueda denotar, por ejemplo, un derecho subjetivo, aunque el uso del término en determinados contextos pueda hacer pensar lo contrario. No obstante—según esta opinión—, la solución no es declarar que se trata de palabras vacías. Las expresiones «propiedad», «pretensión» y otras son términos relativos camuflados, y los derechos pueden ser transformados en expresiones como «N. tiene la propiedad K», o «N. tiene una pretensión frente a Z.»¹⁰¹.

Pero esto no es ir muy lejos, pues aunque dejemos de lado el término derecho subjetivo, las expresiones «N. tiene la propiedad K», o «N. tiene una pretensión frente a Z.» que lo sustituyen siguen conteniendo términos jurídicos para los cuales no hay una referencia espacio-temporal. Sólo si se supera la ontología olivecroniana es posible encontrar una referencia para tales términos.

No obstante lo anterior, esta crítica contiene algo de verdad. En efecto, los términos jurídicos son términos relativos. Y si hemos de aceptar la posición de Frege, el hecho de que carezcan

¹⁰⁰ SUNDBY, N. Kr., «Legal Right in Scandinavian Analysis», en *Natural Law Forum*, 1968, p. 102.

¹⁰¹ *Ibid.*, pp. 103-104.

de referencia no equivale a que carezcan de sentido y, por lo tanto, de significado¹⁰².

Resta ahora tratar de arrojar un poco de luz sobre el segundo de los problemas, es decir, el problema de la verdad. Según Kalinowski, una proposición 'p' es verdadera si y sólo si p. Es decir, la expresión «todo hombre debe respetar la vida humana» es verdadera si y sólo si todo hombre debe respetar la vida humana; y lo mismo en relación con la expresión «en Francia se debe circular por la derecha»¹⁰³.

Hay autores que sostienen que el criterio de verdad, en el Derecho, es el ordenamiento jurídico: «¿Por qué—se dice—no podemos considerar la referencia a un sistema jurídico como una referencia semántica?»¹⁰⁴. Desde este punto de vista, la verdad de las proposiciones jurídicas se torna relativa, en el sentido de que podrá afirmarse o negarse por referencia a un determinado sistema jurídico. En nuestra opinión, esto es correcto. Ahora bien, ello significa tanto como decir que sólo cabe hablar de verdad *simpliciter* si las normas que integran dicho ordenamiento poseen una justificación o base objetiva (como sería el caso de un sistema jurídico asentado sobre la instancia ético-

¹⁰² FREGE, G., «Sobre sentido y denotación», en *Lógica y semántica*, trad. de A. Gómez Lobo, Universidad de Valparaíso, Ediciones Universitarias, 1972, p. 52 [versión original: «Über Sinn und Bedeutung», en *Zeitschrift für Philosophie und philosophische Kritik*, 100 (1892), pp. 25-50)].

¹⁰³ KALINOWSKI, G., *El problema de la verdad en la moral y en el Derecho*, trad. de E. Marí, Buenos Aires, Eudeba, 1979, pp. 149 ss.

¹⁰⁴ SCHMIDT, F., «The Uppsala School of Legal Thinking», en *SSL*, 1978, p. 172.

ontológica que suele denominarse Derecho natural). Para un sistema jurídico de tales características (no es ahora el momento de tratar si puede existir o no tal ordenamiento) cabe perfectamente hablar de verdad y falsedad *simpliciter* de los enunciados o proposiciones jurídicas (y aun de las normas jurídicas positivas), y no meramente de verdad relativa o de corrección.

Si la mencionada referencia ontológica objetiva no se acepta, todavía queda un espacio para la verdad en una proposición jurídica o, más en general, directiva. Pero estaríamos entonces ante verdades meramente instrumentales. En efecto, puede ser verdad que sea obligatorio cumplir ciertas normas si dicho cumplimiento es necesario para la consecución de algún objetivo determinado¹⁰⁵.

VII. UNA CONSIDERACIÓN ADICIONAL EN TORNO A LA NEGACIÓN DE LA DIMENSIÓN ILOCUCIONARIA DEL LENGUAJE

Una de las conclusiones fundamentales que se extrae de lo estudiado en este capítulo es que Olivecrona limita su comprensión del lenguaje jurídico al ámbito psico-físico. Independientemente de la unilateralidad de este punto de vista, que ya ha sido resaltada anteriormente¹⁰⁶, conviene añadir algunas reflexiones sobre las consecuencias teóricas que entraña dicha explicación. Pensamos, en efecto, que el Derecho, desde esta perspectiva, se convierte en algo meramente contingente, por más que Olivecrona pretenda que se trata de algo necesario y consustancial a la

¹⁰⁵ Cfr. HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, op. cit., p. 264.

¹⁰⁶ Vid. cap. II, ep. VI.

sociedad¹⁰⁷. Para explicar esta idea se tomará a continuación la teoría de los actos de habla de John R. Searle¹⁰⁸, que el profesor de Lund conoció poco antes de la publicación de la segunda edición de *Law as fact*.

Recordemos que de la división trazada por Austin entre efectos ilocucionarios y perlocucionarios del lenguaje, Olivecrona sólo considera aquellos que tienen lugar en el mundo del espacio y del tiempo, es decir, los segundos¹⁰⁹. Contrariamente, Searle sostiene en su libro que hay actos que no pueden ser nunca explicados en términos perlocucionarios. En su opinión, hay actos en los que el efecto perlocucionario viene a ser una condición esencial. Pero hay otros, como la promesa, que no están esencialmente vinculados a tales efectos o respuestas por parte del oyente¹¹⁰. Olvidar esta dimensión del lenguaje, a juicio de Searle, tiene graves consecuencias:

«Si pudiéramos llevar a cabo un análisis de todos (o la mayoría de) los actos ilocucionarios en términos de efectos perlocucionarios, las expectativas de analizar los actos ilocucionarios *sin referencia a reglas* aumentarían considerablemente»¹¹¹.

¹⁰⁷ Vid. cap. VII, eps. IV, V y VI.

¹⁰⁸ SEARLE, J. R., *Speech Acts: an Essay in the Philosophy of Language*, Londres, Cambridge U. P., 1969. Aunque aquí se ha seguido el texto original en inglés, existe versión castellana: *Actos de habla. Ensayo de filosofía del lenguaje*, Madrid, Cátedra, 1980.

¹⁰⁹ Vid. ep. V de este mismo capítulo.

¹¹⁰ SEARLE, J. R., *Speech Acts...*, op. cit., pp. 54 ss.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 71. Cursiva añadida.

Por tanto, si de lo que se trata es, primordialmente, de conseguir cierto efecto, el camino para conseguirlo se convierte en secundario, de manera que la observancia de cierto procedimiento que legitime el acto de habla sólo importa en la medida en que ha contribuido a producir tal efecto. Esto queda confirmado cuando Olivecrona dice que los conceptos jurídicos son sólo herramientas con una función social¹¹². Lo que importa es que se cumpla ésta. Por eso, el único argumento que el profesor de Lund opone al régimen terrorista instaurado tras un proceso revolucionario es que no es económico porque, en lugar de palabras, tiene que usar armas¹¹³. Ello, en rigor, no es óbice para que, si éstas llegan a un nivel de eficacia mayor no sustituyan a aquéllas, del mismo modo que las máquinas han sustituido a la hoz y el martillo.

En Olivecrona, sin embargo, actos y palabras están des-cuajados de las instituciones sociales, lo que hace que, en su pensamiento, carezcan de sentido. Para el profesor de Lund, las reglas o normas jurídicas no tienen más finalidad que la de servir eficazmente a los propósitos contingentes establecidos en cada momento. Su perfección viene dada por su eficacia. Pero entonces ya no hay ninguna razón para seguir manteniendo el ordenamiento jurídico si otro medio más eficaz para tales fines es hallado (por ejemplo, ciertas ondas electromagnéticas que interfiriendo en el sistema neurológico humano, determinen sus

¹¹² *Vid.* ep. I.

¹¹³ *Vid.* cap. VII, ep. VII de este mismo trabajo.

acciones). Tan contingentes resultan los fines como el Derecho mismo¹¹⁴.

Si, como decimos, Olivecrona considera que el Derecho es necesario, la reducción no puede ser hecha. Searle también niega que pueda ser hecha, pero por otros motivos:

«Como se infiere de todo lo que he dicho, creo poco probable que pueda realizarse esta reducción de lo ilocucionario a lo perlocucionario con la consiguiente eliminación de las reglas. En este punto, las que podrían llamarse teorías institucionales de la comunicación, como la de Austin, pienso que la de Wittgenstein y la mía se separan de las teorías naturalistas del significado, como son, por ejemplo, aquellas que se basan en una explicación del lenguaje en términos de estímulo-respuesta»¹¹⁵.

Este modo reductivo de ver las cosas en términos de estímulo-respuesta obedece, en opinión de Searle, a un prejuicio: tenemos cierta imagen del mundo—y, consecuentemente, de lo que es nuestro conocimiento del mundo—que consiste en hechos brutos. Son ejemplos de dicha clase de hechos: «esta piedra está cerca de esta otra»; «los cuerpos se atraen con una fuerza inversamente proporcional al cuadrado de la distancia entre ellos y directamente proporcional al producto de su masa»; «tengo un dolor». Examinados estos ejemplos y otros similares que podrían fácilmente establecerse, cabría pensar que los conceptos de los que se componen nuestros juicios remiten a objetos físicos (en la versión dualista: físicos o mentales). Por tanto, cabría co-

¹¹⁴ Como veremos, Olivecrona no será tan coherente y acabará admitiendo fines inmanentes en el Derecho (*vid.* cap. VIII de este mismo trabajo).

¹¹⁵ SEARLE, J. R., *Speech Acts*, *op. cit.*, p. 71.

nocer dichos objetos según el modelo de ciencias naturales, cuya base son las simples observaciones empíricas registradas por la experiencia sensorial. Dicho marco conceptual, en opinión del profesor de Berkeley, ha limitado a aquellos que han tratado de estudiar la ética o la estética según este esquema, concibiendo sus enunciados como *meras expresiones de sentimientos*. Dejando aparte esta clase de enunciados controvertidos de la ética y la estética—advierte Searle—hay muchos hechos—hechos objetivos, no fruto de las emociones—que no pueden ser reducidos a esta imagen. Así, por ejemplo: «el Sr. Smith se casó con la Sta. Jones»; «los *Dodgers* ganaron a los *Giants* tres a dos»; «Green fue condenado por hurto»; «el Congreso aprobó la ley de presupuestos». Con estos ejemplos quiere poner de manifiesto que esta clase de enunciados no afirman una serie de propiedades físicas o psíquicas o estados de cosas a los que tales afirmaciones se pueden reducir: «los hechos físicos y las sensaciones brutas sólo forman parte de tales hechos dadas otras condiciones y sobre la base de ciertas clases de instituciones»¹¹⁶. Para estos hechos propone el nombre de «hechos institucionales». Son hechos, pero su «existencia» supone la preexistencia de ciertas instituciones humanas. Sólo porque existe la institución del matrimonio, cierta conducta puede consistir en casarse el Sr. Smith con la Sta. Jones. Sólo porque existe el béisbol, ciertos movimientos de ciertas personas constituyen la victoria de los *Dodgers* frente a los *Giants* por 3 a 2. Es gracias a la institución del dinero que tengo un billete de cinco dólares en mi bolsillo: «elimínese la institución—escribe—, y todo lo que tengo es un trozo de papel con varias marcas grises y verdes».

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 51.

Por tanto, hay hechos que sólo se explican por la existencia de una institución. Pero, ¿qué es una institución? Searle la define como un «sistema de reglas constitutivas». Su forma es la siguiente: «X cuenta como Y en el contexto C». Para mostrar la necesidad de las instituciones, el profesor estadounidense hace la prueba de describir un partido de rugby con base en hechos brutos. Esto trae como consecuencia que en dicha descripción están ausentes los conceptos principales del juego, tales como «partido», «fuera de juego», «puntos», etc.¹¹⁷. Con ello se produce una paradoja. Por un lado, no es posible realizar afirmaciones que contengan dichos conceptos; pero, por otro lado, estos conceptos son, precisamente, los que explican el fenómeno que tiene lugar en el campo como «el juego de rugby». Sin embargo, mientras a nadie se le ocurriría dar una descripción del rugby de esta clase, se ha tratado de proponer análisis semánticos de lenguajes abordados «a través de estructuras de hechos brutos, olvidando las reglas semánticas que subyacen a las regularidades brutas»¹¹⁸.

Y lo mismo cabe afirmar acerca del Derecho. Un estudio de las regularidades de comportamiento de los agentes jurídicos es un estudio parcial, que resulta por completo insuficiente si se atribuye al análisis psicológico el rango de análisis interno del Derecho. Como se ha puesto de manifiesto entre nosotros, la vida social es comparable en algunos aspectos a los juegos. Am-

¹¹⁷ Searle menciona además otros conceptos, como «touchdown», «first down» y «time out», que por nuestro desconocimiento del juego, no nos atrevemos a traducir.

¹¹⁸ *Speech Acts*, p. 53.

bas formas de convivencia son impensables sin unas reglas que dirijan la acción de los participantes. Y esto se hace especialmente patente en el Derecho, «en el que la formalización de las exigencias respecto de la acción llega a su grado máximo»¹¹⁹.

Neil MacCormick y Ota Weinberger han adoptado el concepto de hecho institucional y lo han aplicado a la teoría del Derecho. La comparación con la escuela realista nórdica interesa especialmente porque, como se ha puesto de manifiesto, MacCormick y Weinberger también adoptan una perspectiva ontológica monista: el Derecho, también para ellos, existe en el plano de los hechos, aunque no en el de los hechos brutos¹²⁰. No es casualidad, por tanto, que MacCormick empiece su famoso artículo «Law as an Institutional Fact»¹²¹ con una alusión directa a

¹¹⁹ ROBLES MORCHÓN, G., *Las reglas del Derecho y las reglas de los juegos. Ensayo de teoría analítica del Derecho*, Facultad de Derecho de Palma de Mallorca, [s. f.], p. 15.

¹²⁰ FARALLI, C., «Normative Institutionalism and Normative Realism. A Comparison», *Ratio Juris*, 1993, pp. 183-184. Según esta autora, la diferencia principal estriba en que Hägerström y Olivecrona adoptan unas *premisas epistemológicas realistas* que aplican al estudio del Derecho. Ahí descubren las carencias de una visión puramente realista, y se acaban deslizando hacia el normativismo. Sin embargo, en el caso de MacCormick y Weinberger, sucede al revés. El normativismo constituye su punto de partida, y, a partir de ahí, cuando se dan cuenta de que una teoría pura del Derecho es imposible e inadecuada a su objeto, se desplazan hacia el realismo (*ibid.*, p. 188).

¹²¹ MACCORMICK, N., «Law as an Institutional Fact», en *Law Quarterly Review*, 90 (1974), pp. 102-129. Este trabajo ha sido recogido en el volumen MACCORMICK, N. y WEINBERGER, O., *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, Dordrecht, Reidel, 1992, pp. 49-76, que aquí manejamos. Tampoco faltan las alusiones a Olivecrona en «On Analytical

Olivecrona: «Todo filósofo y científico del Derecho se preocupa de considerar el Derecho como hecho, pero sólo uno, Olivecrona, dio ese título a un libro»¹²². Por el tono podemos colegir cierto desacuerdo, y podemos vislumbrar que éste se centrará en torno a lo que deba considerarse como hecho. El marchamo «realismo» también es objeto de las ironías del profesor escocés: «Aunque no todo el mundo se ha considerado a sí mismo como “un realista”, tampoco nadie ha querido permitirse el lujo de llevar a cabo una ciencia jurídica no realista, y esto no parece que vaya a cambiar, al menos mientras dicha disciplina siga constituyendo una fuente de empleo remunerado»¹²³. El problema, a juicio de MacCormick, no es si uno debe ser realista o no, sino *cómo* deber serlo. La cuestión que hay que responder es qué es un hecho para el Derecho.

A tal fin, el profesor de Edimburgo echa mano de la categoría, acuñada por Searle, de los hechos institucionales. Existen—afirma—muchos más hechos que los que pueden ser determinados en términos físicos y psicológicos¹²⁴. Los pasajeros de un autobús normalmente montan en él sin tener conciencia de que

Jurisprudence», en *ARSP (Supplementa)*, 1982, pp. 29-41, recogido asimismo en *An Institutional Theory...*, *op. cit.*, pp. 93-109. Sin embargo, este último trabajo tiene menos interés a los efectos que nos ocupan. En la misma introducción al libro recopilatorio al que se ha hecho mención hay también referencias a Olivecrona (p. 2, nota 5).

¹²² MACCORMICK, N., «Law as an Institutional Fact», en *An Institutional Theory of Law...*, *op. cit.*, p. 49.

¹²³ *Ibidem*.

¹²⁴ Sobre Olivecrona y los hechos brutos, *vid.* MACCORMICK, N., «On Analytical Jurisprudence», en *An Institutional Theory of Law*, *op. cit.*, pp. 97-102.

celebran un contrato de transporte. Pero esto es indiferente. Para cualquier persona que conozca el Derecho, hay un contrato de transporte entre la compañía y cada uno de los pasajeros. Este hecho cobra especial relevancia en el supuesto de un accidente, a los efectos, por ejemplo, de determinar la indemnización correspondiente a cada pasajero¹²⁵.

Curiosamente, hechos como el contrato, la herencia, la propiedad, la responsabilidad civil, la hipoteca y otros muchos no existen en el espacio, aunque sí en el tiempo, pero no por eso dejan de ser hechos. Es la ley la que establece las reglas que permiten determinar cuándo empiezan a existir, cuáles son sus efectos y cuándo se extinguen¹²⁶. Un análisis de tipo psicológico-social, como es el de Olivecrona, pierde de vista esta clase de hechos institucionales. A decir de MacCormick, «el método de la psicología conductista como ciencia natural es inadecuado para poner de manifiesto la naturaleza de la normatividad como un elemento en nuestra conciencia»¹²⁷. Es necesario un método hermenéutico que sea capaz de describir la conducta humana comprendiendo la situación del agente. Entender la naturaleza de la normatividad, a juicio de MacCormick, exige entender la naturaleza de la acción racional¹²⁸. Por ello, «todo intento—en

¹²⁵ MACCORMICK, N., «Law as an Institutional Fact», pp. 49-50.

¹²⁶ *Ibid.*, pp. 52-53. Recuérdese, como se ha dejado escrito *supra*, que para Searle, y MacCormick se hace eco de esta definición, las instituciones son sistemas de reglas constitutivas.

¹²⁷ MACCORMICK, N., «On Analytical Jurisprudence», p. 105.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 106.

su opinión—de reducir la ciencia jurídica a una rama de la psicología conductista está condenado al fracaso»¹²⁹.

Como se ha expuesto¹³⁰, Olivecrona niega que sean hechos empíricos el que alguien posea una casa, esté casado o sea juez. Esto le lleva a excluir la posibilidad de que los enunciados que se puedan hacer sobre ellos sean verdaderos o falsos. Sin embargo, admite que pueden ser correctos o incorrectos y que nos proporcionan cierta clase de información. El criterio de corrección, como se expuso, es el ordenamiento jurídico.

Podría parecer, pues, que el planteamiento de Olivecrona no está demasiado alejado de la teoría institucional del Derecho. El profesor de Lund niega que aquellos hechos que se han mencionado sean hechos *empíricos*, pero no hay en su obra un rechazo explícito de la teoría de los hechos institucionales de Searle, que—reconoce—«llegó a mi conocimiento demasiado tarde como para analizarla aquí»¹³¹. Si se aceptase dicha teoría, la distinción establecida por Olivecrona entre verdad y corrección resultaría en gran medida supérflua. Admitida la existencia de hechos institucionales, no se ve la necesidad de negar el carácter de verdadero o falso a los enunciados que los tengan por objeto. Por eso precisamente pensamos que Olivecrona se negaría a admitir la teoría de los hechos institucionales, pues ello le obligaría a admitir la tesis ontológica de que existen hechos más allá de las coordenadas de espacio y de tiempo, con lo que su metodología empirista quedaría lógicamente muy relativizada.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 105.

¹³⁰ *Vid. ep. III de este capítulo.*

¹³¹ *LF/II*, pp. 258-259.

VIII. RECAPITULACIÓN

Una vez más, el método determina el resultado. Si el lenguaje jurídico no es más que un instrumento para influir en la conducta de la gente, y no hay criterios objetivos para decidir entre los diversos caminos por los cuales se la puede conducir, la verdad es una categoría que no tiene cabida en lo jurídico. Todo debe ser explicado en términos psicológico-sociales. A pesar de que Olivecrona admite que los enunciados jurídicos puedan ser correctos, esto es algo secundario, pues lo que importa para que el Derecho cumpla con su función directiva es que *sean considerados* correctos. Además, corrección y verdad o justicia no resultan en absoluto equiparables en su planteamiento. Por otra parte, tan importante es el elemento sugestivo en la concepción olivecroniana, que suscribe la opinión de que la creencia en la magia es lo que ha venido dando eficacia al Derecho durante muchos siglos. De lo que se trata es del control social. El lenguaje, asociado o no con la creencia en la magia, es un instrumento idóneo para tal fin. Sin embargo, si el Derecho se reduce a ser un instrumento útil para esta función, no es en sí mismo necesario, a diferencia de lo que sostiene Olivecrona, para quien resulta descabellado pensar en una sociedad sin Derecho. Si pudiera hallarse otro medio más eficaz de control social, éste habría de tomar el lugar del Derecho, como el fusil tomó el lugar de la espada.

CAPÍTULO QUINTO
EL CONCEPTO DE DERECHO SUBJETIVO

El concepto de derecho subjetivo es, para Olivecrona, un concepto de uso común no sólo entre los juristas, sino entre la gente en general; pertenece a ese conjunto de conceptos imprescindibles en la vida diaria. Sin él, seríamos incapaces de comprender mucho de lo que pasa a nuestro alrededor. Ellos determinan nuestra visión de la sociedad y son tan naturales a nosotros «como los conceptos de tiempo, espacio, movimiento, etc.». Sin embargo, al igual que sucede con estos últimos, su interpretación dista de ser pacífica¹.

En el pensamiento de Olivecrona, el derecho subjetivo aparece, en ocasiones, como objeto de las normas jurídicas. Las normas jurídicas, en especial las de Derecho privado, tratan de derechos subjetivos. Ellas crean, modifican o extinguen los derechos, más sus correspondientes deberes². Esto significa que el derecho, conceptualmente—no genéticamente—, tiene carácter

¹ *LF/II*, p. 135.

² *Ibid.*, p. 198.

previo a la norma. Esto es confirmado por Olivecrona cuando considera que históricamente lo más natural parece haber sido referir las normas promulgadas a ideas existentes de derechos y obligaciones, con el fin de limitar su ejercicio e introducir nuevos derechos. No obstante, desde un punto de vista instrumental, derecho subjetivo y norma jurídica son técnicas paralelas. Ambos institutos tienen como fin la dirección de la conducta, y comparten la presencia de un elemento formal imperativo. La principal diferencia radica en que la norma jurídica se compone, además, de la descripción típica de cierta conducta. Por el contrario, el derecho subjetivo tiene solamente un carácter de signo, prohibitivo o permisivo.

La razón por la que tratamos ahora del derecho subjetivo, antes que de la norma jurídica consiste en que en aquél la exposición olivecroniana se conecta más explícitamente con el tema del lenguaje jurídico, del que acabamos de ocuparnos en el capítulo precedente. A su vez, la explicación del profesor de Lund sobre la norma jurídica contiene ideas que apuntan a lo que se verá en los dos capítulos subsiguientes.

Olivecrona enfoca el problema del derecho subjetivo sobre una serie de presupuestos metodológicos anteriormente asentados por Hägerström³. El profesor de Lund pretende evitar, en

³ Una comparación entre Hägerström y Olivecrona en este punto, puede hallarse en: BJARUP, J., *Skandinavisk Realismus*, op. cit., pp. 165-170, donde se señalan como semejanzas el que, para ambos, el derecho subjetivo no responde a ninguna realidad, el que son palabras sin sentido y que su origen puede hallarse en la magia, punto éste último acentuado por Olivecrona, quien asimismo ha desarrollado particularmente lo que se refiere a la imperatividad del derecho subjetivo. Sobre los conceptos de derecho y deber en

primer lugar, tomar partido por cualquiera de las teorías existentes sobre su naturaleza. Se abre, incluso, a la posibilidad de que dicha noción de derecho subjetivo no signifique nada en absoluto. En segundo lugar, somete a examen científico las principales concepciones sobre los derechos subjetivos. Finalmente es la propia realidad de los hechos empíricamente verificables la que es sometida a examen⁴. Luego vienen las conclusiones.

Lo que habitualmente se entiende es que los derechos y obligaciones son creados en virtud de unos «hechos operativos»; v. gr., el contrato de compraventa obliga al vendedor a dar la cosa y al comprador a efectuar el pago; asimismo, concede al vendedor el derecho a ser recibir el pago y al comprador el derecho a recibir la cosa. Estos derechos y obligaciones—explica Olivecrona—constituyen los efectos jurídicos del contrato. «La idea—escribe—es que ellos son creados a través de las declaraciones de voluntad hechas por las partes»⁵. Es lo que Zitelmann llama «causalidad jurídica», como algo distinto de la causalidad natural. Según esta manera de ver las cosas,

Hägerström puede consultarse, en inglés, HÄGERSTRÖM, A., «The Conception of a Declaration of Intention in the Sphere of Private Law», en *Inquiries...*, *op. cit.*, pp. 299-347. No obstante, el punto de vista en este trabajo está determinado por su crítica del concepto de declaración de voluntad.

⁴ Como ya señalamos, no creemos que Olivecrona consiga un acceso directo a la realidad, ya que su investigación está mediada por determinada manera de ver las cosas que le viene de distintas tradiciones de pensamiento, entre las que destaca la escuela de Uppsala. Dudamos que sea posible ver las cosas sino desde cierto punto de vista, el cual sólo puede ser objeto de tratamiento desde otro punto de vista.

⁵ *LF/II*, p. 136.

«la creación, modificación, transmisión y extinción de derechos y deberes no son fenómenos naturales observables. Son acontecimientos en otro nivel, en otra esfera de realidad»⁶.

Lógicamente—aclara Olivecrona—, el gran problema ha sido siempre explicar cómo es esto posible. Se ha intentado salvar el escollo considerando los derechos y obligaciones como abreviaciones de situaciones complejas. Así, se ha dicho que mientras una obligación sitúa al que la contrae en una «situación de constricción», el derecho equivale a la correspondiente «posición de poder» de la otra parte. A ello objeta el jurista sueco que existen numerosos casos donde no existe tal situación de constricción, como cuando el titular del derecho no puede ejercerlo, o no consigue probar su título, o el deudor se allana, etc.⁷. También rechaza Olivecrona que pueda el derecho subjetivo identificarse con la facultad de exigirlo, pues, precisamente, ella es consecuencia de tener un derecho subjetivo⁸.

En fin, los intentos de elucidar la naturaleza del derecho subjetivo son muchos, pero los éxitos pocos. Así, no es extraño que los conceptos de derechos y deberes hayan constituido un «quebradero de cabeza» para la Teoría del Derecho⁹. Se expondrá a continuación el examen de Olivecrona acerca de las distintas teorías sobre el derecho subjetivo, en las que el profesor de Lund afirma que es posible constatar la misma evolución ya reseñada; desde aquellas teorías más lejanas a los planteamien-

⁶ *Ibid.*, p. 138.

⁷ *Ibid.*, pp. 139-140.

⁸ *Ibid.*, pp. 140-141.

⁹ *Ibid.*, p. 141.

tos realistas, como son las iusnaturalistas, hasta las del movimiento escandinavo, pasando por los intentos no consumados de alcanzar el ideal científico realista. Su exposición crítica de las distintas concepciones del Derecho sigue un íter análogo al expuesto en general en el capítulo tercero¹⁰.

I. LA HISTORIA DE LAS TEORÍAS SOBRE EL DERECHO SUBJETIVO

Las teorías sobre el derecho subjetivo, en opinión de Olivecrona, pueden ser divididas en dos grandes grupos. Las positivistas y las iusnaturalistas, si bien las primeras arrastran todavía numerosos elementos de Derecho natural¹¹.

Antes de seguir, conviene recordar que la tradición de Derecho natural a la que Olivecrona presta atención es la Escuela Moderna: su atención se centra nuevamente en las teorías de Grocio y Pufendorf.

1. El derecho subjetivo en la tradición iusnaturalista

Para estos autores—afirma—, el derecho (*ius*) es una cualidad o facultad moral (*qualitas* o *facultas moralis*), aunque también usan para referirse a él expresiones como *potestas* o *imperium*. En cualquier caso, «el derecho era concebido claramente como un poder»¹².

¹⁰ Las razones porque no tratamos entonces del derecho subjetivo son dos. Primero, por la especificidad del tema. Y, segundo, por no contribuir a la prolijidad del capítulo III.

¹¹ Adviértase la analogía con el cap. III. *Vid.* nota anterior.

¹² GROCIO, *De iure belli ac pacis*, op. cit., lib. I, cap. 1, § IV; PUFENDORF, *De iure naturae et gentium*, op. cit., lib. I, cap. 1, § XX y lib. III, cap. 5, § 3.

Sobre la consideración que Olivecrona hace de esta doctrina conviene reseñar dos cosas. En primer lugar, destaca su brevedad (media página). Da la impresión de que esta doctrina tiene para él únicamente un interés meramente anecdótico, justificado historiográficamente en la medida en que el positivismo jurídico participa de ciertas ideas de Derecho natural. En segundo lugar observamos que Olivecrona no se detiene a criticar esta doctrina. Se limita a explicar en clave psicologista su posible origen: «cuando uno ha hecho una promesa, es natural sentirse vinculado»¹³. Por tanto, la doctrina iusnaturalista aparece a los ojos del profesor escandinavo como una racionalización de cierta experiencia emotiva. A su juicio, la idea de tener un derecho produce efectivamente un sentimiento de poder. Por ello acusa a las teorías de Derecho natural de querer objetivar esos sentimientos subjetivos y crear un mundo suprasensible con la pretensión de dotarles de un marco de realidad¹⁴.

2. La concepción positivista de los derechos subjetivos

Con el surgimiento del positivismo jurídico—afirma Olivecrona—, las ideas recién expuestas comenzaron a ponerse en cuestión. Ello dio lugar a un debate doctrinal, que, a principios de los años setenta del s. XX, todavía no había terminado¹⁵.

Para la exposición de los diferentes enfoques, el profesor de Lund fija la teoría imperativista como eje central o hito principal en la evolución del pensamiento jurídico en este campo. En pri-

¹³ *LF/II*, p. 146.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ *Ibid.*, pp. 146-147.

mer lugar examina las principales teorías conectadas a su juicio con la teoría imperativista. En segundo lugar, da cuenta de las dificultades que la teoría imperativista plantea, así como de los varios intentos de superarla. Por último, entra en el «estadio final» de la discusión acerca del concepto de derecho subjetivo, que consiste en la negación de su realidad¹⁶.

a) La teoría del poder de la voluntad

Para Savigny—afirma Olivecrona—, un derecho es un poder que pertenece a una persona, una delimitación de una esfera donde rige su voluntad¹⁷. Como tal, el derecho es un fenómeno espiritual, que se manifiesta sensiblemente cuando, en un caso litigioso, es reconocido en una resolución judicial¹⁸. Por lo que se refiere a la obligación, ésta no es sino la enajenación de parte de la libertad¹⁹. En esto—indica el profesor de Lund—el jurista alemán se acerca mucho a Grocio y Pufendorf²⁰.

¹⁶ *Ibid.*, p. 147. Es muy notable la expresión «estadio final» porque confirma lo dicho acerca del carácter vocacionalmente superador del realismo escandinavo. «Final», en cualquier caso, hace referencia a un final de orden conceptual, no histórico. A juicio de Olivecrona, el realismo jurídico escandinavo constituye un pensamiento que, al fin, ha delimitado adecuadamente los conceptos jurídicos. Después, parece que sólo cabe profundizar en esta línea.

¹⁷ Sobre los orígenes de esta idea de esfera jurídica, *cfr.* CARPINTERO, F., *Una introducción a la ciencia jurídica*, *op. cit.*, pp. 23 ss.

¹⁸ SAVIGNY, F. C., *Sistema del Derecho romano actual*, *op. cit.*, p. 65.

¹⁹ «Consiste en el dominio sobre otra persona, pero no sobre esa persona en su totalidad [...], sino sobre acciones particulares, que tienen que ser pensadas como desprendidas de su libertad y sometidas a nuestra voluntad» (SAVIGNY, F. C., *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen*

Windscheid, el más destacado sostenedor de la teoría del poder de la voluntad, considera también que un derecho es un poder ejercido por la voluntad (*Willensmacht*) de una persona sobre la de otra persona. Pero, a diferencia de Savigny, estima que las obligaciones constituyen órdenes del ordenamiento jurídico al deudor. Es más, para este autor, el poder en que el derecho consiste no es sino un poder conferido (*verliehene*) por el orden jurídico²¹. En todo caso—interpreta Olivecrona—, dicho poder hace referencia a la dominación de una voluntad sobre otra voluntad²².

Olivecrona no se entretiene demasiado en la crítica: «como fácilmente se verá—escribe—, la teoría es totalmente ficticia»²³. En opinión del profesor de Lund, la orden del acreedor de que el deudor pague es una orden que se basa en una obligación anterior, que existe independientemente de su voluntad. Por otro lado, es absurdo pensar que el propietario de una cosa necesite dictar órdenes a todo el mundo para que se abstenga de interferir en el uso de su propiedad. Basta—explica—que se produzca

Rechts (Berlín, Bei Veit und Comp., 1851-1853), reimpr. Aalen, Scientia, 1987, pp. 4 ss.)

²⁰ *LF/II*, p. 147.

²¹ «Derecho es una potestad o señorío de la voluntad conferido por el ordenamiento jurídico» (WINDSCHEID, B., *Lehrbuch des Pandektenrechts*, vol. I, 9.^a ed., reimpr. Th. Kipp (ed.), Aalen, Scientia, 1963, § 37).

²² *LF/II*, pp. 148-149.

²³ *Ibid.*, p. 149.

cierto hecho en conexión con cierta ley para que exista el derecho²⁴.

b) El derecho como interés jurídicamente protegido

Para Jhering, el derecho subjetivo consiste en un interés jurídicamente protegido. «Dos elementos constituyen el principio del derecho—escribe—: uno *sustancial*, que reside en el fin práctico del derecho, que produce la utilidad, las ventajas y ganancias

²⁴ También se ocupa de las ideas de E. Bucher, para quien el Derecho deja al individuo la competencia de establecer las disposiciones que atañen al caso concreto (BUCHER, E., *Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis*, Tübinga, J. C. B. Mohr, 1965, pp. 20-21); o de August Thon, para quien el Estado únicamente pone a disposición del particular el imperativo secundario dirigido a los órganos del Estado, ordenándoles dar al poseedor del derecho protección en el caso de que el imperativo primario no sea obedecido (THON, A., *Rechtsnorm und subjektives Recht. Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre* (Weimar, Böhlau, 1878), reimpr. Aalen, Scientia, 1964, pp. 175 ss.). Por último, también señala, con base en la *Reine Rechtslehre*, 1.^a ed., que Kelsen es más coherente que Windscheid, pues niega que el derecho subjetivo sea algo distinto de las normas. (LF/II, pp. 149-151). Pero esto hay que matizarlo un poco, porque más tarde en su *General Theory of Law and State* (1945) Kelsen aclara expresamente, en oposición a J. Austin, que «el derecho subjetivo es algo más que el correlato de un deber jurídico» (KELSEN, H., *Teoría General del Derecho y del Estado*, op. cit., p. 90). En su opinión, «tener un derecho subjetivo es encontrarse jurídicamente facultado para intervenir en la creación de una norma especial, la que impone la sanción al individuo que—de acuerdo con la misma resolución—ha cometido el acto antijurídico o violado su deber. Si el derecho subjetivo es un fenómeno jurídico, entonces esta norma especial habrá de tener necesariamente carácter jurídico. El derecho objetivo no puede estar integrado únicamente por reglas o normas generales» (*ibid.*, p. 102).

que esto aseguran; otro *formal*, que se refiere a ese fin únicamente como medio, a saber: *protección* del derecho, *acción* de la *justicia*. Éste es el fruto y aquél la envoltura o cáscara protectora»²⁵.

Jhering—señala el profesor de Lund—lleva a cabo una dura crítica contra la teoría del poder de la voluntad. Sin embargo, las diferencias entre ambos no son tan grandes como el profesor alemán pretende. En realidad—estima Olivecrona—, también defiende una visión voluntarista del Derecho. Según Jhering, el derecho subjetivo es una combinación de la voluntad del Estado y de la voluntad individual. El Estado concede un derecho al individuo únicamente para servir los intereses, exigencias y propósitos del tráfico jurídico. Sólo se protegen intereses dignos de ser protegidos²⁶.

Pero—objeta Olivecrona—, en el concepto de protección mediante acciones procesales se da por sobreentendido un poder ideal (concedido para ciertos fines sociales). Al ejercer una acción, el demandante pretende poseer un derecho. Por ello, no se expresa lógicamente Jhering cuando dice que el disfrute real de una ventaja se eleva al rango de derecho subjetivo gracias al derecho de ejercitar una acción²⁷.

²⁵ JHERING, R. VON, *El espíritu del Derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, trad. de la E. Príncipe y Satorres, Granada, Comares, 1998, p. 1033.

²⁶ *Ibid.*, pp. 1040 ss.

²⁷ *LF/II*, p. 153.

c) El derecho como reverso de un deber

Con anterioridad a Jhering y Windscheid, Bentham ya había afirmado que sólo se podían crear derechos creando deberes. El camino para ello era establecer sanciones a aquellos que interfirieran en el ejercicio legítimo de derechos ajenos. Según este autor, «es por medio de la creación de deberes y no de otra forma que el Derecho crea derechos subjetivos. Cuando la ley te da un derecho subjetivo, ¿qué es lo que hace? Me hace a mí susceptible de ser condenado en el caso de que interfiera en el ejercicio de tu derecho subjetivo»²⁸.

Para Olivecrona, Bentham incurre en circularidad. Por un lado se afirma que la ley crea derechos subjetivos a través de la creación de deberes. Y, por otro lado, se entiende que los deberes tienen por objeto abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos. Lo cual significa, a su juicio, que el concepto de derecho está presupuesto en el concepto de deber²⁹.

²⁸ BENTHAM, J., *The Limits of Jurisprudence Defined*, Westport, Greenwood Press, 1970, p. 55, nota 3.

²⁹ *LF/II*, p. 154. Hay que aclarar que derecho y deber son correlativos en Bentham, pero, a pesar de la confusión a que induce la nota citada, no se definen el uno por el otro, toda vez que este autor concibe el deber en función de la pena que el incumplimiento de la ley lleva consigo. Esto lo explica con una paráfrasis: «1. Se podría decir que tengo el *deber* (entiéndase el deber político) de hacer lo que tú (o alguna otra persona o personas) tienes el *derecho* de exigirme que yo haga. Así, pues, tengo un *deber* hacia ti: tú tienes un derecho frente a mí.— 2. El que tú tengas un derecho (entiéndase un derecho político) a que yo haga algo consiste en que puedo, si hay una reclamación tuya, ser *castigado* de acuerdo con la ley.— 3. Digo *castigado* porque sin la noción de castigo (esto es, de un *sufrimiento* conectado con cierto acto, deri-

Austin evita esta circularidad. Si bien este profesor también recurre al concepto de deber para explicar el concepto de derecho, aquél es explicado como una orden del soberano dirigida a una persona. En esta concepción el titular del derecho disfruta de los beneficios relativamente seguros que son consecuencia de la actividad del Estado. El titular de un derecho no posee ninguna clase de poder en esta concepción³⁰.

Pero esto no quiere decir que las dificultades desaparezcan. Olivecrona las pone de manifiesto. Por un lado, la teoría imperativista conduce a negar la existencia de los derechos subjetivos, que no representan en ella ningún papel³¹. Pero, por otro lado, la ciencia jurídica sigue recurriendo a ellos ineluctablemente: ¿cómo sería posible—se pregunta retóricamente el profesor sueco—describir las situaciones jurídicas y las transacciones sin hablar de derechos? A su juicio, el derecho subjetivo no es sólo una mera cuestión lingüística sin importancia, sino que tie-

vado de alguna razón y de cierta fuente) no se puede dar cuenta de la noción de derecho ni de la de deber [...]» (BENTHAM, J., *A Fragment on Government* (1823), Burns, J. H. y Hart, H. L. A., (eds.), Londres, Athlone Press, 1977, pp. 494-495).

³⁰ AUSTIN, J., *The Province of Jurisprudence Determined*, Nueva York, Burt Franklin, 1970, pp. 21 y 250 ss.

³¹ LARENZ, K., *Metodología de la ciencia del Derecho*, op. cit., pp. 51-52, 246-247; HÄGERSTRÖM, A., «On the Question of the Notion of Law», en *Inquiries...*, op. cit., pp. 216-219; GOLDSCHMIDT, J., *Der Prozess als Rechtslage*, Berlín, 1925, p. 230, cit. en *LF/II*, p. 158, y BUCHER, E., *Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis*, op. cit., p. 7.

ne raíces profundas, y la teoría del Derecho está construida sobre ellas³².

Para salir de este dilema, dos teorías fueron formuladas. Mientras la una—la teoría de la declaración—abandonaba la teoría imperativista, la otra—la teoría de la representación—vacía el derecho de su sustancia. Ambas son examinadas por Olivecrona.

d) La teoría de la declaración

Llegó un momento en que se vio que la figura del derecho subjetivo era incompatible con la teoría imperativista. Por esta razón, algunos autores decidieron abandonar esta teoría. Zitelmann entre ellos. Este autor considera que la teoría imperativista es errónea debido a su incompatibilidad con la necesidad de pensar y hablar en términos de derechos, que son creados, modificados y extinguidos por medio de hechos operativos. Una norma jurídica—afirma este autor—no es un imperativo, sino una proposición (o declaración) que establece una conexión entre ciertos hechos y ciertos efectos jurídicos en forma de derechos y obligaciones³³.

Olivecrona objeta a esta teoría que presupone el concepto de derecho subjetivo. Si bien la teoría de Zitelmann concuerda muy bien con la opinión general, que se expresa en términos de derechos y deberes, no alcanza a constituir una explicación suficiente para el profesor de Lund, ya que, en su opinión, el pro-

³² *LF/II*, pp. 156-159.

³³ ZITELMANN, E., *Irrtum und Rechtsgeschäft: eine psychologisch-juristische Untersuchung*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1879, p. 223.

blema está en explicar ese lenguaje común y las ideas que hay detrás de él³⁴.

e) La teoría de la representación

Al mismo tiempo que reemplazaba la teoría imperativista del Derecho por la teoría de la declaración, Zitelmann—afirma Olivecrona— «proponía una teoría que se refiere realmente al concepto de derecho subjetivo». En opinión de Zitelmann, los derechos subjetivos no tienen realidad sustancial, pero constituyen una forma necesaria de pensamiento para dominar la infinita complejidad de los materiales jurídicos. Son, pues, expresiones breves para grupos enteros de normas. En lugar de detallar la situación concreta, donde una serie de hechos, A, B, C..., ha tenido lugar, y donde una serie de normas, O, P, Q..., es aplicable, se dice que E tiene un derecho y F una obligación. De otro modo, sería muy difícil dar breve cuenta de las relaciones jurídicas³⁵.

Tras Zitelmann, se han sumado autores como G. Jellinek, J. Goldschmidt, L. Rosenberg, K. Engisch y Ö. Undén³⁶. Pero Oli-

³⁴ *LF/II*, p. 160.

³⁵ ZITELMANN, E., *Irrtum...*, *op. cit.*, pp. 201 ss. y 212 ss.

³⁶ JELLINEK, G., *Teoría general del Estado*, Granada, Comares, 2000, p. 155-156; GOLDSCHMIDT, J., *Der Prozess als Rechtslage*, *op. cit.*, p. 225, cit. en *LF/II*, p. 165; ROSENBERG, L., *Die Beweislast auf der Grundlage des bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozessrechts*, Munich y Berlín, 1953, p. 111, cit. en *LF/II*, p. 165; ENGISCH, K., *Introducción al pensamiento jurídico*, trad. de E. Garzón Valdés, Granada, Comares, 2001, pp. 44-45; UNDÉN, Ö., «Några synpunkter på begreppsbildning inom juridiken», en *Festskrift tilläg-*

vecrona no comparte esta teoría. En su opinión, si intentamos prescindir de términos como derechos, deberes u obligaciones, las dificultades se convierten en insuperables. Por ejemplo, no es tan fácil transformar la frase «N. es propietario de tal predio» en una conexión entre hechos y normas. Es cierto que la expresión «ser propietario» puede ser sustituida por la expresión «haber comprado» o la expresión «haber heredado». Pero he aquí—señala—que haber comprado implica haber adquirido el derecho de propiedad a través de un contrato. Lo mismo se puede decir de haber heredado, que tiene lugar a través de cierta relación con el causante. En consecuencia—escribe—, «los “hechos” que sustituyen a derecho de propiedad son descritos por medio de este mismo concepto»³⁷.

La teoría de la representación incluye dos tesis: que los derechos son imágenes o representaciones y que dichas representaciones se sustituyen por normas jurídicas. Sin embargo, por lo que se refiere a la primera, Olivecrona objeta que nunca se explica claramente en qué consiste esa imagen o representación. Si nos representamos un árbol o un centauro, tenemos una imagen en la mente. Pero ¿qué imagen se corresponde con un derecho? Por otro lado, en relación con la segunda tesis, ésta implica que primero tenemos las normas—ellas constituyen la realidad del derecho—y que luego son sustituidas por razones prácticas por representaciones de derechos. Pero—argumenta el profesor de Lund—en esta argumentación se supone que las normas son

nad Axel Hägerström den 6 september 1928, Uppsala, 1928, cit. en LF/II, p. 165.

³⁷LF/II, p. 166.

independientes del concepto de derecho subjetivo. Y no se tiene en cuenta que las normas se refieren en gran medida a la creación, modificación y extinción de los derechos subjetivos y que en muchos casos la titularidad de un derecho forma parte del supuesto de hecho de una norma. En consecuencia, si esto es así, «el concepto de derecho subjetivo no puede ser una representación utilizada para facilitar el discurso sobre situaciones jurídicas regidas por normas jurídicas, puesto que constituye el lenguaje de las mismas normas jurídicas»³⁸

f) La negación de la realidad de los derechos

Si investigamos—escribe Olivecrona—«en la historia del concepto de Derecho, podemos advertir cómo la teoría jurídica se ha ido desplazando hacia la negación de la realidad de los derechos». En la teoría imperativista, como vimos, no había espacio para ellos, y la teoría de la representación, en el fondo, implica la negación de la realidad de los derechos³⁹.

Considera el profesor sueco que fue Bentham el primero en negar la realidad de los derechos subjetivos. Para el profesor inglés, los derechos son tan sólo productos de la imaginación, entidades ficticias que no pueden ser determinadas empíricamente⁴⁰. En vez de definir las *per genus et differentiam*—definición solamente válida para las entidades reales—, Bentham propone el «método de las paráfrasis», que se basa en la suposición de que toda idea deriva de los sentidos. En consecuencia, había

³⁸ *Ibid.*, pp. 167-168.

³⁹ *Ibid.*, p. 168.

⁴⁰ BENTHAM, J., *Of Laws in General*, *op. cit.*, p. 251.

que explicar la idea de derecho a partir de los objetos sensibles que la originan⁴¹. Sin embargo, a juicio de Olivecrona, Bentham no consigue realizar su objetivo, ya que, en ocasiones, el profesor inglés usa expresiones que presuponen que los derechos y las obligaciones son algo más que meras ideas subjetivas, alcanzando una entidad propia a través de la conexión entre actos concretos y mandatos generales⁴².

Petrazhitzky también negó resueltamente la realidad de los derechos subjetivos. Para él, sólo se explican como puros fenómenos psicológicos. Es absurdo pensar que un derecho de propiedad constituya un vínculo invisible entre un particular y una cosa, y que su esencia consista en la dominación completa y exclusiva de un individuo sobre una cosa. La ley—en su opinión—es incapaz de crear vínculos de esta naturaleza. No tiene sentido pensar que si alguien compra un alfiler en una tienda, el resto del mundo entre en relación con él. La presunta cualidad de una cosa de ser propiedad de alguien no es, para el profesor ruso, más que una proyección impulsiva de un fantasma, comparable a la belleza o la fealdad⁴³.

⁴¹ *LF/II*, p. 169. Esta interpretación avalorativa del método de la paráfrasis es discutible. Según L. Cruz, «mediante la paráfrasis se señalan aquellas características que para Bentham son las más importantes en orden a que los términos jurídicos cumplan la función para la que han sido creados» (CRUZ, L., *Derecho y expectativa*, op. cit., p. 279).

⁴² Se refiere a la concepción habitual según la cual un derecho o una obligación surgen a través de la verificación de un supuesto de hecho previsto por la norma, que, para Bentham, constituye un mandato (*cfr.* BENTHAM, J., *Of Laws in General*, op. cit., pp.293-294).

⁴³ *LF/II*, p. 171.

Los realistas americanos albergaron igualmente el propósito de llevar a cabo una teoría científica del Derecho, basada únicamente en hechos. Pero, a diferencia de Bentham—aclara Olivecrona—, tuvieron la precaución de eludir la teoría de la voluntad. Para ellos, la realidad del Derecho se manifestaba a través de las resoluciones judiciales. Conceptos diversos, como los de derecho u obligación, fueron redefinidos en estos términos. En su explicación, el concepto de probabilidad adquirió especial relevancia, y llegaron a la conclusión de que los conceptos jurídicos son quiméricos; si bien admitían que es útil seguir hablando en términos de derechos y obligaciones⁴⁴.

Por último, arribamos al realismo escandinavo. Según Hägerström, los derechos subjetivos eran conceptos metafísicos. Por eso los rechazó, y los intentó explicar en términos psicológicos⁴⁵. Con este propósito, el profesor de Uppsala analizó el concepto «vivo» de derecho subjetivo, tal y como es usado en el habla corriente y en el lenguaje de la ciencia jurídica. Se preguntó si dicha palabra, tal y como de hecho es empleada, denotaba hechos empíricos. Comprobó que no es así, lo cual le permitió concluir que el derecho subjetivo responde a una idea sin base real objetiva:

«La base fáctica que buscamos no puede ser hallada, pues, ni en la *protección garantizada* ni en los *mandatos dictados* por una autoridad externa. Pero, por otro lado, no podemos encontrar ningún otro hecho del que se pudiera decir que se corresponda con nuestra idea de derecho de propiedad o de pretensión legítima. Esta dificultad insuperable

⁴⁴ *Ibid.*, pp. 171-174.

⁴⁵ *Ibidem.*

ble de encontrar los hechos que se corresponden con nuestras ideas de tales derechos nos lleva a suponer que no hay tales hechos y que estamos ante ideas que nada tienen que ver con la realidad»⁴⁶.

Tras un examen psicológico minucioso, Hägerström llegó a la conclusión de que lo único que existe es la idea de un poder sobrenatural en relación con las cosas y las personas. Esta idea se basa en un sentimiento de fuerza y poder asociado que experimenta el sujeto cuando tiene la convicción de que posee un derecho⁴⁷. En efecto,

«parece [...] que con derechos de propiedad y pretensiones legítimas queremos expresar que existen ciertas fuerzas al margen de nuestros poderes naturales; fuerzas que pertenecen a otro mundo distinto del natural, que la legislación u otras formas de normación simplemente liberan. La autoridad del Estado se limita a prestar su auxilio para llevar estas fuerzas lo más lejos posible, por encima de la realidad. Pero ellas existen antes de que tal auxilio sea prestado. Así podemos entender por qué uno lucha mejor cuando cree que tiene un derecho de su parte. Sentimos que en el fondo hay fuerzas misteriosas de las que podemos obtener apoyo. La moderna ciencia jurídica, influida por la universal exigencia que ahora recae sobre la ciencia, intenta descubrir hechos que se correspondan con estas supuestas fuerzas misteriosas, pero llega a dificultades insolubles porque no hay tales hechos. Las perspectivas tradicionales nos superan. Tratamos de hacerlas encajar en

⁴⁶ HÄGERSTRÖM, A., «General View». Capítulo introductorio a *Der römische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung*, vol. I, 1927, en *Inquiries...*, op. cit., p. 4.

⁴⁷ *LF/II*, p. 175.

el marco del pensamiento moderno sin éxito, pues no están adaptadas a él»⁴⁸.

Como indica Olivecrona, el profesor de Uppsala fue más lejos en su intento de elucidar la idea de derecho, lo que le llevó a buscar la raíz histórica de este fenómeno. Con este propósito emprendió extensos estudios de Derecho griego y romano. En su monumental obra *Der römische Obligationsbegriff* (I, 1927, II:1, 1941), Hägerström quiso mostrar que el *ius civile* era concebido por los romanos como un sistema de reglas para adquirir y ejercer poderes sobrenaturales. La *mancipatio*, la *stipulatio* y otros actos jurídicos antiguos quedaban asimilados, por tanto, a actos mágicos. Asimismo, sugirió que estas ideas pasaron luego a la doctrina de Derecho natural⁴⁹.

Esta misma línea de crítica de los conceptos jurídicos emprendida por Hägerström fue retomada—señala Olivecrona—por Vilhelm Lundstedt. En opinión de este profesor de Derecho civil, derechos y obligaciones no son más que quimeras, entidades interpuestas entre los hechos jurídicamente relevantes y las consecuencias vinculadas con ellos. Resulta justificado, por tanto, eliminar todo discurso sobre derechos y obligaciones de la ciencia jurídica, y ceñirse a los puros hechos⁵⁰. En sus propias palabras:

«La quimera contra la que tenemos que luchar sobre todo consiste en interponer entre los hechos y las posibles consecuencias juri-

⁴⁸ HÄGERSTRÖM, A., «General View...», en *Inquiries...*, *op. cit.*, pp. 5-6.

⁴⁹ *LF/II*, pp. 175-176.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 176.

*dicas algo imaginario llamado derecho subjetivo. Nadie ha sido nunca capaz de mostrar los fundamentos reales de la existencia de ese algo»*⁵¹.

No obstante, si bien Lundstedt trató de evitar hablar de derechos y obligaciones, como señala Olivecrona, no lo consiguió, y en su última obra, publicada póstumamente, propone su uso entrecomillado⁵².

A raíz de la crítica profunda de los conceptos jurídicos que Lundstedt y Hägerström llevaron a cabo, se suscitó en los países escandinavos—afirma Olivecrona—una fuerte polémica, especialmente intensa durante los años veinte y treinta. En general, su crítica fue aceptada, y el interés se centró únicamente en la conveniencia o no de seguir manteniendo la denominación del concepto de derecho subjetivo dentro de una visión no metafísica⁵³.

Estas ideas trascendieron a una nueva generación de juristas, entre los que destaca Alf Ross, y su famoso artículo sobre el derecho subjetivo que lleva por título «Tû-Tû»⁵⁴, donde aparen-

⁵¹ LUNDSTEDT, A. V., *Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft*, vol. I (*Die falschen Vorstellungen von objektivem Recht und subjektiven Rechten*), Berlin-Grunewald, Dr. Walter Rothschild, 1932, p. 268.

⁵² *Vid. cap. II, ep. II in fine.*

⁵³ *LF/II*, p. 177.

⁵⁴ Originalmente publicado en danés, en *Festskrift til Professor Henry Ussing*, 1951. Posteriormente vio la luz una versión reducida inglesa en *Harvard Law Review*, 70 (1956/57), pp. 812 ss., que más tarde se volvió a publicar en *Scandinavian Studies in Law*, 5 (1961). Existe una versión castellana traducida del inglés por G. R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1976.

temente acepta la teoría hägerströmiana. En opinión del profesor danés, palabras como derecho subjetivo o propiedad son palabras carentes en absoluto de significado. A pesar de ello, es posible redefinir los enunciados acerca de derechos y deberes en términos realistas. Ross considera que la palabra «derecho» sirve como una herramienta de presentación que tiene la función de conectar una serie de supuestos de hecho con una serie de directrices para el juez⁵⁵.

Olivecrona no está de acuerdo con esta opinión. Reconoce que sería enormemente complicado redefinir las disposiciones jurídicas sin hacer uso de este concepto, pero, en su opinión, eso no quiere decir que la palabra derecho sea usada en la legislación como una herramienta de presentación. A su juicio, esta conclusión carece de todo fundamento histórico. Ni las normas del *Bürgerliches Gesetzbuch* alemán, ni las del *Code Civil* francés, fueron de tal manera concebidas. Tampoco se puede decir que el legislador actual proceda de acuerdo con este método⁵⁶.

Para Olivecrona, las palabras tienen una función mucho más importante. A su juicio, no podemos dar un solo paso sin las palabras «derecho» y «obligación». El propio Ross—afirma—no es capaz de explicar el concepto de propiedad sin hacer uso implícitamente del concepto de propiedad. En efecto, para Ross, el enunciado que afirma que alguien tiene un derecho de propiedad equivale, por un lado, a que dicha persona ha comprado, heredado, etc. cierta cosa, situaciones todas ellas que equivalen a haber adquirido el derecho de propiedad sobre la

⁵⁵ *LF/II*, pp. 178-179.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 180.

cosa. Por otro lado, las consecuencias jurídicas de la adquisición de la propiedad a que se refiere Ross equivalen a que se «puede recuperar, reclamar, pedir una indemnización, etc.», situaciones que presuponen un derecho sobre ellas, pues—a decir Olivecrona—el profesor danés no se refiere a lo que de hecho puedo obtener, sino a lo que tengo derecho a obtener⁵⁷.

g) Conclusión

Olivecrona reconoce que el análisis histórico que se acaba de resumir es incompleto, pero en su opinión sirve para advertir el sentido en que se ha estado moviendo la Teoría del Derecho⁵⁸. En un principio se pensó que el derecho subjetivo era un poder moral sobre la acción de otra persona, que cedía parte de su libertad. Esta manera de ver las cosas no era incompatible con la visión científica de entonces, pero luego se vio que existían graves dificultades que esta concepción no podía afrontar, y las críticas comenzaron a aflorar⁵⁹.

Con el positivismo jurídico se intentaron derivar conceptualmente los derechos subjetivos a partir de la ley o de los mandatos del legislador. Sin embargo, las sucesivas tentativas fracasaron, y empezó a cuestionarse la realidad de la noción misma de derecho subjetivo, lo que hicieron diversos autores, a los que se une Olivecrona.

⁵⁷ *Ibid*, pp. 180-181.

⁵⁸ *Ibid*, p. 182.

⁵⁹ *Ibidem*.

En cualquier caso, según el profesor de Lund, la palabra «derecho» no denota objeto alguno. La única posibilidad de que tuviese algún tipo de contenido semántico sería que estuviera referido a algún tipo de relación entre personas o entre personas y cosas. Pero es «bastante evidente», dice Olivecrona, que esto no es así. Las relaciones a que pretendidamente se refiere el derecho subjetivo no se hallan en el mundo empírico en el que vivimos, por lo que únicamente pueden ser relaciones suprasensibles. En su opinión, el contenido mental de la noción de derecho subjetivo consiste simplemente en la representación de un objeto, la palabra «derecho» y la ilusión, de raíz emocional, de que esta palabra significa un poder sobre dicho objeto⁶⁰. Trataremos de explicar esta tesis en lo que resta del presente capítulo.

II. EL DERECHO SUBJETIVO SEGÚN OLIVECRONA

Para desarrollar en toda su amplitud la visión de Olivecrona sobre el derecho subjetivo conviene seguir el orden siguiente. En primer lugar, se expondrá su respuesta a la cuestión de si hay algún hecho que se corresponda con el concepto de derecho subjetivo. En segundo lugar, se examinará la función social que desempeña dicho concepto. Por último, se intentará mostrar cómo armoniza este autor los resultados de ambos análisis.

1. ¿Se corresponde con algún hecho el concepto de derecho subjetivo?

Si se mantiene que el derecho subjetivo es una realidad objetiva, es preciso, en opinión de Olivecrona, demostrar su relación con

⁶⁰ *Ibid.*, p. 183.

los fenómenos del mundo en el tiempo y en el espacio⁶¹. Pero resulta difícil hallar un hecho tras el derecho. Para mostrar esto, Olivecrona toma como punto de partida el caso del derecho de propiedad. Los hechos que se conectan con esta idea son, a su juicio, los siguientes.

a) La cosa misma.

b) El Derecho objetivo o las normas jurídicas.

c) La maquinaria jurídica que existe en determinado país funcionando según las normas jurídicas.

d) La posición favorable de que disfruta el propietario como consecuencia del normal funcionamiento de dicha maquinaria.

e) Las sanciones que son aplicadas en caso de quebrantamiento del Derecho.

f) La seguridad de que disfruta el propietario que tiene el control efectivo de la cosa.

g) La presión que aquella maquinaria ejerce sobre la conciencia jurídica.

⁶¹ *LF/I*, pp. 78-79. Lo objetivo, como contrapuesto a lo subjetivo, según las coordenadas de pensamiento establecidas por Hägerström, de que ya dimos cuenta en el capítulo primero, es aquello que no se da sólo como contenido de una representación mental, sino que puede ser contrastado dentro de un contexto más amplio, donde no pierde su determinación. El contexto que se erige en medida última de determinabilidad y objetividad, como se dijo en el cap. I, es el contexto espacio-temporal. Los derechos subjetivos solamente serán reales si es posible referirlos a ciertos hechos en este contexto último. Mantener que los derechos subjetivos están por encima de los hechos es absurdo, desde estas coordenadas.

Para Olivecrona es obvio que la propiedad no se confunde con la cosa misma, ni con el Derecho objetivo, ni con la maquinaria jurídica, ni con la presión ejercida por ésta, ni tampoco con las sanciones efectivamente aplicadas. Con esto, elimina de plano cinco posibilidades. Por tanto, quedan dos: que el derecho sea la posición favorable de que disfruta el propietario como consecuencia del funcionamiento normal de la maquinaria jurídica o que lo sea la seguridad relativa en el disfrute de la cosa⁶².

En relación con esta segunda posibilidad, sostiene Olivecrona que no sirve para explicar el concepto de derecho subjetivo, porque, de acuerdo con este criterio, un ladrón con éxito sería considerado como propietario. Sin embargo, el propietario no necesita tener control efectivo sobre la cosa para ser tal propietario. Aun cuando haya perdido la posesión del objeto, su derecho permanece. Éste requiere únicamente que cierto suceso de hecho previsto en la ley haya tenido lugar. Sin embargo, la posesión efectiva, así como la posibilidad de usar la cosa no sólo dependen de la ley, sino de otras muchas circunstancias. En este sentido, el título es importante, pero no es suficiente⁶³.

En relación con la otra posibilidad, que el derecho subjetivo equivalga a la posición favorable del propietario como consecuencia de la acción constante de la maquinaria jurídica, el profesor de Lund señala tres cosas. En primer lugar, la capacidad de poner la maquinaria jurídica en movimiento depende precisamente de la existencia de derechos previos: toda pretensión

⁶² *Ibid.*, p. 83; *GS*, pp. 92-93

⁶³ *LF/I*, pp. 83-85; *GS*, pp. 92-94.

que se ventila ante un juzgado o tribunal se basa en un derecho, al igual que la sentencia dirimente.

En segundo lugar, no es seguro que el derecho vaya a serle reconocido a su titular, aun cuando teóricamente ello debiera ser así. Existen numerosas circunstancias—que no se consiga probar suficientemente el título, por ejemplo—que condicionan dicho reconocimiento. En tercer lugar, el derecho sigue existiendo aun cuando nunca se plantee la acción. Ésta se justifica precisamente como consecuencia de la violación de un derecho⁶⁴.

En definitiva, ningún hecho se corresponde con la noción de derecho. Todo parece apuntar a que dicha palabra carece de significado. ¿Cómo se explica, pues, su gran utilidad?

2. Estructura y función principal del derecho subjetivo

Como ya se ha expuesto, «las palabras no son usadas solamente para describir la realidad»⁶⁵. En concreto, la palabra «derecho» tiene una *función directiva*. Para ello, no necesita tener ningún significado, o ser referida a hecho alguno. Simplemente es un signo que sirve para canalizar la conducta social. Escribe Olivecrona:

«Las palabras “ésta es mi propiedad” actúan como la luz verde en mis actividades en relación con el objeto; las palabras “ésta es la propiedad de A”, o simplemente, “ésta no es mi propiedad” actúan como

⁶⁴ *LF/I*, pp. 85-86; *GS*, pp. 94-95.

⁶⁵ «Legal Language and Reality», p. 169. *Vid.* cap. IV, ep. I.

una luz roja. Ésta podría llamarse la función conductiva (*behaviouristic*) de la palabra "derecho"⁶⁶.

La utilidad del derecho es grande, y de él se vale el legislador en el ejercicio de su función: éste «necesita palabras con función conductiva», pues «su objeto es influir en la conducta de los miembros de la comunidad»⁶⁷. Los jueces y tribunales también hacen uso de la palabra derecho con un fin directivo, ya que, en realidad, lo que hacen es imponer una norma⁶⁸. Y la gente en general también necesita de los derechos, pues éstos operan como signos que pueden ser fácilmente comprendidos. Las normas abstractas, debido a su gran complejidad, no son fácilmente entendidas por el ciudadano corriente, por lo que se hace preciso recurrir a este instrumento⁶⁹.

Pasamos ahora a considerar la *estructura* del derecho subjetivo. De ella se puede decir que, en cierto modo, es análoga a la de la norma jurídica, de que nos ocuparemos en el capítulo siguiente. El derecho subjetivo se compone, por un lado, de cierto patrón de conducta, y, por otro lado, de un signo imperativo, que en este caso viene dado por la misma palabra «derecho». Podemos entender esto a través de este ejemplo propuesto por Olivecrona. En una comunidad determinada, existe cierta división de la tierra según la cual cada familia cultiva y habita

⁶⁶ «The Legal Theories...», p. 144. Olivecrona hace esta afirmación a raíz de la aclaración de la idea hägerströmiana de derecho subjetivo, pero la asume completamente.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ *Ibid.*, pp. 144-145.

⁶⁹ *LF/II*, p. 189.

una parte de ella. En esta comunidad no existen palabras como derecho o propiedad. En lugar de ello, cada sección del terreno está cercada por una valla y distinguida por una marca especial sobre ésta. Desde muy pequeños, a los niños se les enseña a no coger frutos más allá de la cerca. Tal conducta es deshonrosa y uno se expone a la ira de los vecinos. Alterar las lindes del terreno, a su vez, es un gran crimen. Pues bien, en opinión de Olivecrona, en esta hipótesis, si dichas ideas están firmemente fijadas, la gente asocia las vallas y sus marcas con determinadas ideas acerca del comportamiento correcto, con el resultado de que todas las familias viven pacíficamente dentro de cada sector⁷⁰. Por tanto, la valla no sólo delimita el terreno, sino también la conducta permitida y la prohibida. Opera como un signo material que divide el terreno y las acciones. Pero no es necesario que todos los signos sean de naturaleza material. Esta misma función puede ser cumplida, a juicio de Olivecrona, por signos de muy diversa índole, como son los lingüísticos. Es el caso de expresiones como «derecho de propiedad», «mío», «tuyo», «ajeno», etc.⁷¹.

De aquí se desprende que la palabra derecho no necesita tener ninguna referencia semántica para desarrollar una función directiva. Usada según ciertas reglas, sirve de signo imperativo que regula nuestras acciones⁷².

⁷⁰ Es posible también que una familia decida abandonar la comunidad, y acuerde con un vecino la transferencia en determinadas condiciones. El vecino amplía su cercado, y esto es respetado.

⁷¹ *LF/II*, pp. 189-190.

⁷² *GS*, p. 107.

En ocasiones, la ley se sirve de la técnica del derecho subjetivo para alcanzar sus propios fines, que también consisten en la dirección de la conducta. Existen normas—observa Olivecrona—que versan sobre derechos y obligaciones; en particular, sobre su creación, modificación o extinción⁷³. Si bien no es fácil notar el carácter directivo de este tipo de normas, éste se advierte si tenemos en cuenta que los individuos piensan que tales derechos y obligaciones—con su correspondiente influencia en la conducta—existen en realidad a partir del momento en que, según la ley, se considera efectivamente cumplido cierto supuesto de hecho⁷⁴.

Por último, Olivecrona afirma que las ideas o representaciones de derechos y obligaciones también son usadas como un *medio de provocar emociones* en todo tipo de conflictos. En este caso, su función consiste en inflamar el espíritu y ardor guerreros de las propias huestes y en enervar la voluntad de las enemigas. Esto es algo que, en opinión del profesor de Lund, vale para toda guerra, incluso para la lucha de clases⁷⁵.

3. Condiciones de operatividad del derecho subjetivo

Para que el derecho subjetivo cumpla su función son precisas fundamentalmente dos condiciones. En primer lugar, se requiere que el enunciado que contenga la palabra derecho sea verdadero o, al menos, se piense que es verdadero (correcto). Nos remiti-

⁷³ GS, pp. 107-108; LF/II, pp. 198-199.

⁷⁴ GS, p. 109.

⁷⁵ *Ibid.*, pp. 109-110.

mos a lo que ya se dijo sobre ello cuando se trató la cuestión de la verdad y la corrección del lenguaje jurídico⁷⁶.

La segunda condición de operatividad consiste en un fundamento de poder irresistible, constituido por el normal funcionamiento de la maquinaria jurídica. Según el profesor de Lund, si no se sancionan regularmente las conductas que contravienen los derechos subjetivos, el orden social se resiente. Esto no quiere decir, como veremos, que sea el temor a las sanciones lo que motiva de modo primario el respeto y observancia, habitualmente espontáneo, de los derechos subjetivos y del Derecho en general⁷⁷. Pero dejar de sancionar tales comportamientos acaba paulatina e indirectamente con ese efecto⁷⁸.

La pieza que articula el juego de ambos factores es de orden psicológico. Es lógico pensar que si la acción constante de la maquinaria jurídica es conforme al ordenamiento jurídico y a los derechos subjetivos que de él se derivan, el resultado será cierto

⁷⁶ *Vid.* cap. IV, ep. III.

⁷⁷ *Vid.* cap. VII, ep. III.

⁷⁸ «The Legal Theories...», p. 145. La misma idea está presente en *LF/I*, p. 118: «la noción de derecho como hecho psicológico es ciertamente de importancia en unión con la maquinaria jurídica». Asimismo, en la p. 137: «los efectivos poderes disfrutados por los terratenientes, los acreedores, los directivos de las empresas, los accionistas, etc. dependen del uso de fuerza irresistible de acuerdo con la ley. Sus poderes existen como consecuencia del funcionamiento regular de la maquinaria jurídica como un todo, y se colapsarían si dicha maquinaria cesara». Y es una idea que también está presente en *LF/II*, pp. 191-192: «la función directiva de las ideas de derechos y obligaciones, por un lado, y el funcionamiento de la maquinaria de justicia, por otro, son mutuamente interdependientes».

estado psicológico en el titular legítimo del derecho, conectado con la palabra derecho, consistente en cierta sensación de poder⁷⁹. Éste es el sentido en que hay que entender la afirmación de Olivecrona según la cual la esencia del concepto de derecho es la idea de poder (v. gr., el propietario puede hacer lo que quiera con la cosa; el acreedor puede reclamar la suma debida). Esto no significa que dicho poder sea aquella realidad a la que se refiere el concepto de derecho. Tal poder no existe en el mundo real. Para Olivecrona, «es un poder *ficticio*, un poder ideal o imaginario»⁸⁰.

Como veremos más adelante⁸¹, se ha reprochado a Olivecrona la ambigüedad en que incurre al afirmar, unas veces, que el derecho subjetivo no significa nada en absoluto, y otras,—como ésta—cuando dice que es un poder imaginario. Se considera, en síntesis, que si dicho poder en que el derecho subjetivo consiste se encuentra en la imaginación, su significado es esa idea imaginaria (como en el caso del centauro). Sin perjuicio de la aclaración que el propio Olivecrona realiza en su réplica, y que luego veremos, podemos adelantar que para él dicho poder carece de entidad representativa, y se reduce a una mera emoción, algo al margen completamente de la razón. El siguiente texto parece apoyar esto:

«La idea de tener un poder imaginario es suficiente para suscitar un *sentimiento* de poder, es decir, un sentimiento de actividad y carácter forzoso. Este sentimiento da lugar a una apariencia de sustantividad

⁷⁹ *LF/I*, pp. 88-94.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 90.

⁸¹ *Vid. infra* ep. III.1.

de la idea y, en consecuencia, ayuda a mantener la ilusión de que hay presente un poder real»⁸².

Por lo tanto, dicho poder no existe más que como un estado subjetivo. La idea de derecho no se corresponde con nada, es una simple apariencia, es un mero fantasma originado por un estado afectivo determinado. En otro lugar, en el mismo sentido, dice:

«Tenemos, sin embargo, la ilusión de que la palabra “derecho” significa un poder sobre el objeto, aunque un poder que no podemos aprehender. La ilusión surge del fondo emocional»⁸³.

Parece, pues, que la alteración psíquica que la percepción que la palabra «derecho» produce contribuye a crear la ilusión de un poder, cuando, examinadas las cosas en rigurosos términos de hecho, no encontramos más que la sola palabra derecho.

4. Origen mágico del concepto de derecho subjetivo

Los conceptos jurídicos no han surgido de la nada, en un momento determinado, como la creación de un inventor. Como escribe Olivecrona, ellos pertenecen a una larga tradición, en cuyo cauce han evolucionado lentamente. Son parte de aquel conjunto de nociones indispensables y científicamente indiscutidas, que sólo en el siglo XX han sido puestas en cuestión. Según Hägerström, sus orígenes se remontan hasta la magia⁸⁴.

⁸² *LF/I*, p. 90.

⁸³ *LF/II*, p. 184.

⁸⁴ *LF/I*, p. 112.

Esta opinión es plenamente compartida por Olivecrona. En su opinión, «las concepciones mágicas son muy distintas en los diferentes tiempos y entre los diferentes pueblos. Pero el modo mágico de pensar es una característica común en el Derecho primitivo»⁸⁵. Ahora bien, como él mismo reconoce, esto sólo está probado en relación con el Derecho romano. No obstante—precisa—, lo que se sabe sobre el Derecho primitivo en general apunta en la misma dirección. Por ello «sugiere que las nociones jurídicas, tales como el derecho de propiedad y otras, son todas de naturaleza mágica»⁸⁶.

El grado de presencia del elemento mágico en los actos jurídicos es variable. ¿Qué tiene de mágico comprar un paquete de cigarros?, se pregunta Olivecrona. Es evidente que este acto es mucho menos mágico que una *mancipatio*, tal y como la concibe el Derecho romano. Ahora bien, la afinidad es mucho mayor de lo que se piensa. A su juicio no es posible decir cuándo se detienen los esquemas mágicos y cuándo comienza una manera moderna de pensar. Si bien es verdad que las creencias en fuerzas sobrenaturales han desaparecido, cuando «hablamos de derechos y obligaciones que se crean a través de contratos y otros actos», lo que queremos decir—afirma Olivecrona—es que «se crean vínculos y poderes imaginarios»⁸⁷. Es claro que poco queda de magia en la cancelación recíproca de deudas entre dos bancos.

⁸⁵ *Ibid.*, pp. 113-114.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 114.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 115. En el mismo sentido, «Legal Language and Reality», pp. 165-166.

Pero el acto de la coronación del rey inglés conserva todavía elementos místicos. En medio existen innumerables grados⁸⁸.

5. Otras funciones del derecho subjetivo

La expresión derecho subjetivo tiene para Olivecrona, además de una función directiva, una función informativa. Esto puede resultar un poco sorprendente si tenemos en cuenta que, según se ha dejado escrito, esta expresión carece de referencia semántica. Parece, pues, que nos encontremos ante un «dilema»⁸⁹. ¿Cómo un concepto vacío puede desempeñar esta nueva función?

Olivecrona trata de explicar esto de la siguiente manera. Cuando alguien sabe que una cosa pertenece a alguien (que tiene un derecho), sabe también que, en circunstancias normales, el titular del Derecho «ejerce algún control sobre la cosa»⁹⁰. Ésta es la conclusión que normalmente se extraerá de aquel dato, siempre y cuando la persona que da la información sea digna de confianza. Qué tipo de control sea el ejercido no está muy claro. Pero existe una vaga idea de control asociada con la proposición de que alguien es el propietario de una cosa⁹¹.

Otra conclusión que puede extraerse del enunciado que afirma que N. es el propietario de una cosa es que es a él a quien hay que dirigirse para realizar cualquier negocio jurídico sobre

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 193.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 194.

⁹¹ *Ibidem*.

la cosa. En condiciones normales bastará con esta información, pues no es habitual que alguien sin título jurídico intente, por ejemplo, vender una casa. En cualquier caso, será bueno asegurarse de ello, lo cual se puede hacer, en este caso, acudiendo al registro de la propiedad⁹².

Desde un punto de vista inmediato, el enunciado «N. es el propietario de esta casa» no dice nada más aparte de que N. es el propietario de esta casa. Ahora bien, si admitimos que el enunciado es correcto, esto permite, a juicio de Olivecrona, realizar dos suposiciones. Una, que N. tiene algún tipo de relación con la cosa, ordinariamente de control. Y otra, que N. tiene un título jurídico sobre la cosa⁹³.

La palabra «información»—reconoce el profesor de Lund—no es muy precisa. Estrictamente hablando, este tipo de información consiste en algunas suposiciones hechas sobre la base de ciertos enunciados sobre derechos. Pero son sólo eso, meras suposiciones efectuadas a partir de un enunciado: su uso ordinariamente está asociado a una serie de circunstancias, que, eventualmente, podrían no darse y desvirtuar dichas suposiciones. Ellas no explican la palabra derecho⁹⁴. Alguien que despierta de un estado de inconsciencia el primero de abril puede suponer que ya no habrá nieve en la calle, que es lo normal en esas fechas, pero podría suceder que sí la hubiese: «la informa-

⁹² *Ibid.*, pp. 194-195.

⁹³ *Ibid.*, p. 195.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 196.

ción acerca de la fecha y la suposición hecha en relación con la nieve son, evidentemente, cosas distintas⁹⁵.

Olivecrona todavía añade una función más a la palabra derecho, que llama «función técnica». Sólo se ocupa de ella en el artículo «Legal Language and Reality», mientras que en la segunda edición de *Law as fact* la menciona incidentalmente. La función técnica de la palabra consiste en unir ciertos supuestos de hecho con ciertas consecuencias jurídicas:

«Así—escribe Olivecrona—, la expresión “derecho de propiedad” servía como nexo entre dos conjuntos de normas: por un lado, normas sobre la adquisición de la propiedad, y, por otro lado, normas penales, de daños y perjuicios, etc., las cuales se refieren a la situación en que una persona es la propietaria de un objeto y otra persona hace algo en relación con el objeto»⁹⁶.

Si este nexo fuera eliminado, habría que conectar directamente cada una de las normas sobre la adquisición de la propiedad con cada una de las normas que establecen las consecuencias jurídicas de dicha situación, lo que, sin duda, sería muy incómodo. El profesor de Lund se vale de una metáfora para acabar de explicar esta función. Escribe:

⁹⁵ *Ibid.*, p. 197.

⁹⁶ «Legal Language and Reality», p. 189. Ésta era la misma idea que defendía Ross en su artículo «Tû-Tû», cuya crítica expusimos arriba. No está claro que ésta sea la razón por la que Olivecrona no incluye ésta entre las funciones del derecho subjetivo, ya que aquella crítica pensamos que se dirigía más bien a una consideración exclusiva del derecho como herramienta de presentación, descuidando otras funciones.

«La noción de derecho de propiedad o, mejor dicho, esta expresión, usada de acuerdo con ciertas reglas, representa por así decirlo el papel de un nudo ferroviario. Líneas de muchas direcciones—normas sobre la adquisición de la propiedad—convergen aquí; del nexo, muchas líneas—normas penales, sobre daños y perjuicios, etc.—parten en diferentes direcciones. Sin el nexo, habría que armar una gran cantidad de líneas directas para conectar las terminales de ambos grupos»⁹⁷.

Los ejemplos podrían multiplicarse. Lo que Olivecrona quiere dejar claro es que, desde un punto de vista práctico, la función técnica del derecho subjetivo es «indispensable»⁹⁸.

Por último, hay que aclarar que sería un error pensar que el derecho subjetivo ha sido creado deliberadamente para servir a este propósito. Como ya advertíamos en el epígrafe anterior, el concepto de derecho subjetivo pertenece a una larga tradición, en donde ha evolucionado lentamente. Consecuentemente afirma:

«La técnica ha surgido de un modo bastante natural, sin tal premeditación. Las normas no han sido concebidas en primer lugar como normas sobre acciones, para ser transformados después, por mor de la conveniencia, en normas sobre derechos. Eran normas sobre derechos desde el principio; y de las normas sobre derechos se supone que se siguen normas de acción»⁹⁹.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 190.

⁹⁸ *Ibidem.*

⁹⁹ *LF/II*, p. 199. Montoro ofrece otra clasificación de las funciones del derecho subjetivo, que tiene la virtud de sistematizar en cuatro funciones lo que aquí se ha expuesto de un modo más lineal. Si no hemos adoptado esta clasificación ha sido por exigencias del hilo argumental que venimos siguiendo.

6. Derecho subjetivo y sentencia civil

Tradicionalmente—afirma Olivecrona—, la sentencia se ha visto de modo esencial como una «declaración acerca de la existencia o inexistencia de un presunto derecho». En su opinión, esto es compartido por la mayor parte de los autores¹⁰⁰.

Considera que esta manera de ver las cosas es una consecuencia de la idea de que el Derecho privado es un sistema que tiene por finalidad la regulación de *la existencia* de los derechos y las obligaciones. Desde este punto de vista, un derecho existe cuando ciertos hechos han tenido lugar. En el momento en que aquél resulta perturbado, se puede hacerlo valer ante los tribunales¹⁰¹.

Olivecrona estima, sin embargo, que la teoría de la declaración no es coherente. A su juicio, esto se ve claramente en la institución de la cosa juzgada. Como se sabe, un asunto que ya fue juzgado no puede volver a ser conocido por los tribunales.

Las funciones de que habla son, además de la función directiva y la función informativa, la función lógico-conceptual, que coincide sustancialmente con lo que nosotros hemos llamado función técnica, y la función de coadyuvante de la eficacia jurídica, a que ya nos referimos cuando dijimos que el derecho subjetivo sirve para suscitar emociones. *Cfr.* MONTORO BALLESTEROS, A., «Sobre la revisión crítica del derecho subjetivo desde los supuestos del positivismo lógico. Notas sobre el pensamiento jurídico de Karl Olivecrona y Alf Ross», *op. cit.*, pp. 60-66.

¹⁰⁰ *LF/II*, p. 200. En este apartado se ofrece una síntesis del resumen hecho por el propio Olivecrona de su libro *Rätt och dom* (*Derecho y juicio*), *op. cit.* Se refiere en todo momento a la sentencia civil.

¹⁰¹ *LF/II*, p. 200.

Ahora bien, según la teoría tradicional, el derecho es anterior a la sentencia. Esto significa que el derecho debe subsistir aun en el caso hipotético de que, por la razón que sea, éste no sea reconocido por aquélla. Pues bien, esto es incompatible con la cosa juzgada, porque tal derecho hipotético equivale a nada si la demanda es desestimada.

Supongamos que a pesar de haber pagado N. una deuda que tenía contraída es demandado por su antiguo acreedor y no puede demostrar su pago. Finalmente se ve obligado a realizar un nuevo pago. Si esto sucede—señala el jurista nórdico—, nos encontramos con la paradoja de que N. no tiene ninguna obligación—por extinguirse con su cumplimiento—de hacer lo que debe hacer—lo ordenado por el juez—, que es pagar otra vez¹⁰². Ésta es la razón por la que al profesor de Lund le parece absurdo seguir manteniendo que tras la sentencia subsisten los mismos derechos y obligaciones que antes de ella. El juicio incorrecto, en su opinión, tiene un carácter constitutivo. La máxima *res iudicata pro veritate accipitur*, invocada desde antiguo, supone la verdad en última instancia de la sentencia judicial. Ésta tiene la última palabra en relación con los derechos de las partes. A partir de su firmeza, no es necesario examinar los fundamentos en que se basa. Esto abre la posibilidad de que los derechos de las partes se vean alterados por la sentencia, y en esta medida tiene un carácter constitutivo¹⁰³.

Otra dificultad que topa la teoría declarativa—advierde Olivecrona—procede de la prohibición del *non liquet*. Habitual-

¹⁰² *LF/II*, pp. 202-203.

¹⁰³ *Ibid.*, pp. 203-205.

mente, el juez está obligado a fallar, sin que le sea dado excusarse mediante la alegación de oscuridad o insuficiencia de la ley. Si la misión del juez fuera meramente declarativa—argumenta el profesor de Lund—, en el caso de insuficiencia u oscuridad de la ley o de las pruebas practicadas, el juez debería inhibirse, ya que no puede declarar algo que desconoce. Por el contrario, si el juez resuelve, está haciendo algo más que declarar acerca de la existencia o inexistencia de un derecho. Igual sucede—añade—con la sentencia dictada en rebeldía sobre la base de la incomparecencia del demandado. Tal sentencia, por una razón análoga, tampoco puede ser una declaración acerca de la existencia del derecho del actor¹⁰⁴.

Por otro lado, es un hecho que en el ordenamiento jurídico hay *lagunas*. «No existe—escribe Olivecrona—un sistema “completo” de normas jurídicas que cubran todas las situaciones que puedan darse en la vida»¹⁰⁵. Nos permitimos añadir que si, como vimos, el juez tiene necesariamente que fallar en todo caso, cuando se halle ante un supuesto no establecido en la ley, o lo esté de manera oscura, o no ofrezca una solución unívoca, tendrá que recurrir a algo distinto de la ley para resolver dicho caso. Inevitablemente, puesto que la ley no dice nada, el juez tendrá que separarse de ella.

¹⁰⁴ *Ibid.*, pp. 205-206. Sin embargo, no encontramos relación directa entre rebeldía y estimación de la demanda, pues ésta no se dicta en función de la presencia o ausencia del demandado, sino en función del derecho del actor. Otra cosa es que, por faltar el demandado, no le sea posible a éste defender su posición.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 206.

Olivecrona considera, pues, que la jurisprudencia tiene una dimensión inevitablemente creadora. En su opinión, cada vez que una novedad es introducida, lo es sin el apoyo de una norma establecida. Lo cual—añade—no tiene nada de extraño, pues los precedentes considerados en las sentencias se basan en hechos que no coinciden plenamente con los del caso a decidir, y, así, «siempre hay algo nuevo en cada caso»¹⁰⁶. Incluso si existe una norma para el caso, observa el profesor de Lund, ésta deja a menudo un amplio margen de discrecionalidad al tribunal, especialmente en los casos de responsabilidad civil, en los que, a falta de acuerdo, se concede una indemnización, de acuerdo con ciertos principios generales establecidos en la práctica judicial y según su propia estimación¹⁰⁷.

Lo que late bajo esta forma de pensar—considera—es la suposición de que la ley puede causar efectivamente la existencia de derechos y obligaciones. La manera como conocemos que existe un derecho o una obligación es realizando una inferencia en la que la ley hace de premisa mayor y ciertos hechos constituyen la premisa menor¹⁰⁸. Pero lo que se crea son sólo ideas de derechos y obligaciones. El efecto de la ley es sólo mental, psicológico. No hay derechos subjetivos y, en consecuencia, no hay declaraciones sobre derechos subjetivos. *A fortiori*, las sentencias no pueden ser declaraciones sobre derechos¹⁰⁹.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 207.

¹⁰⁹ *Ibid.*, pp. 207-208.

¿Qué es, pues, una sentencia? Para responder a esta cuestión, Olivecrona recoge la distinción habitual entre sentencias ejecutivas (*executory*), que comprenden la estimación de un derecho litigioso y, como consecuencia, una reparación; sentencias declarativas, en que se afirma cierto derecho, cuya existencia, a partir de ese momento, queda fuera de toda duda; y sentencias constitutivas, en que se modifica cierta situación jurídica¹¹⁰.

En las sentencias ejecutivas, en que se ordena el pago de una cantidad o la realización de cualquier otra acción, claramente se ve que estamos ante un *imperativo*. Éste tiene dos vertientes para Olivecrona. Por un lado, ejerce una presión sobre el demandado. Y, por otro lado, si el obligado incumple, pone a disposición del demandante ciertos medios ejecutivos¹¹¹.

La sentencia declarativa también tiene naturaleza imperativa, si bien no es tan fácil de apreciar como en el caso anterior. Para ello, utiliza Olivecrona dos ejemplos. El primero es el caso de una obligación contraída en documento privado, mediando, según el demandado, dolo. El juez, tras examinar y valorar las circunstancias bajo las que fue firmado el documento, decide finalmente que no se puede hablar de dolo. ¿Dónde está aquí el carácter imperativo de la sentencia? Según el profesor de Lund, la resolución de la controversia tiene como efecto impedir que el demandado pueda volver a alegar dolo.

En el segundo ejemplo, lo que se sustancia es el alcance de cierta donación *mortis causa*. Como no sea posible saber qué

¹¹⁰ *Ibid.*, pp. 200-201.

¹¹¹ *Ibid.*, pp. 208-209.

quiso decir el testador, oídas las interpretaciones de las partes, el juez decide concederle determinado alcance. El carácter imperativo, para Olivecrona, viene dado porque la sentencia sustituye la disposición testamentaria controvertida, ordenando el destino de unos bienes¹¹².

Las fórmulas que se usan en esta clase de sentencias—dice Olivecrona—son muchas, pero su característica principal es que tienen una función directiva:

«En primer lugar, la sentencia indica a las partes el comportamiento correcto en relación con la controversia. En segundo lugar, la sentencia será un impedimento jurídico para un nuevo litigio sobre la misma cosa; si se sustancia un juicio ejecutivo, se basará en la sentencia declarativa»¹¹³.

Dictar sentencia declarativa consiste, pues, también en un ejercicio del poder estatal: el juez establece una ley para las partes. Su papel real consiste, por tanto, en ser un «legislador para los casos particulares». Los jueces «completan las normas abstractas mediante normas particulares para los casos concretos»¹¹⁴. Ellos no son meros espectadores que contemplan controversias y determinan la existencia de tal o cual situación jurídica. Más bien,

¹¹² *Ibid.*, pp. 209-210.

¹¹³ *Ibid.*, p. 210.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 211. En rigor, habría que añadir que también completan las disposiciones particulares de los contratos o los testamentos cuando éstas devienen litigiosas.

«representan una fuerza dinámica en la sociedad, modulando las relaciones de las partes como legisladores complementarios y directores de la fuerza ejecutiva del Estado»¹¹⁵.

7. Breve referencia al deber jurídico

Las referencias de Olivecrona al deber jurídico (*legal duty*) como concepto asociado con el de derecho subjetivo son escasas y breves¹¹⁶. Nos limitamos, por tanto, a organizar en unas cuantas notas los pocos y dispersos datos que hay sobre el particular.

En alguna ocasión, la noción de deber aparece ligada con la de fuerza vinculante del Derecho (*binding force of law*). Como cuando dice:

«Si la fuerza vinculante del Derecho es una ilusión, no puede haber deberes en sentido objetivo»¹¹⁷.

Si el derecho, objetivamente, no vincula, viene a decir Olivecrona, *a fortiori*, no puede hablarse de obligaciones singulares.

En alguna ocasión la considera indirectamente como el reverso del derecho subjetivo¹¹⁸. Esto permite pensar que si el derecho subjetivo produce la sensación de tener un poder, la obligación, en correspondencia, producirá una sensación de su-

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 212.

¹¹⁶ El tratamiento más completo está en: *LF/I*, pp. 75-77 y el correspondiente en *GS*, pp. 87-89. Y alusiones más o menos extensas, en «Legal Language and Reality», p. 169; «The Legal Theories...», p. 131.

¹¹⁷ *LF/I*, p. 75.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 77.

jeción. Por lo tanto, el legislador puede utilizar el deber u obligación como técnica para alcanzar sus fines, como expresamente reconoce en otro lugar¹¹⁹. Sería, en consecuencia, una técnica paralela, o por mejor decir, inversa a la del derecho subjetivo. Como sucede con esta figura, es muy posible que la obligación tampoco signifique nada en absoluto. Pero de esto no se dice nada.

III. LA DISCUSIÓN SOBRE LA CONCEPCIÓN OLIVECRONIANA DEL DERECHO SUBJETIVO

La teoría arriba expuesta ha sufrido algunas críticas, y en algún caso se ha suscitado un interesante debate, como el recogido en la revista sueca *Theoria* a principios de los años cuarenta, tras la aparición de la primera edición de *Law as fact*¹²⁰. Aunque es una crítica que versa sobre la concepción de Olivecrona acerca no sólo del derecho subjetivo, sino también de las nociones de fuerza vinculante del Derecho y obligación jurídica, el peso de la controversia tiende a desplazarse hacia la noción de derecho subjetivo. Es por ello que la situamos aquí. Junto a ella, añadimos alguna objeción adicional planteada por otros autores.

1. La crítica de Marc-Wogau

En opinión de Marc-Wogau, Olivecrona ha contribuido, como el resto de «fervientes partidarios» de Hägerström, a oscurecer,

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 76.

¹²⁰ Su origen está en el artículo de MARC-WOGAU, K., «Über die Begriffe "bindende Kraft des Rechts", "Rechtspflicht" und "subjektives Recht". Bemerkungen zu Karl Olivecronas Kritik dieser Begriffe», en *Th.*, 6 (1940), pp. 227-237.

más que a aclarar, las ideas de éste último¹²¹. Concretamente, formula dos objeciones y añade una propuesta.

La primera objeción tiene que ver con la falta de claridad, ya mencionada¹²², del sentido en que niega el profesor de Lund la realidad de los derechos y otros conceptos. A juicio de Marc-Wogau conviene distinguir dos supuestos diferentes. Un centauro no existe en el mundo del espacio y del tiempo, pero sí en nuestra imaginación. Sin embargo, un círculo cuadrado o un madero de hierro no existen ni dentro ni fuera de nuestra imaginación¹²³. ¿En cuál de los dos supuestos está pensando Olivecrona? Este profesor se inclina a pensar que Olivecrona se refiere al segundo supuesto. Pero señala su desconcierto al encontrar en los textos de Olivecrona bases que permiten pensar esto y lo contrario. Por ejemplo, cuando afirma que los conceptos jurídicos son conceptos ilusorios que carecen de fundamento objetivo. Si estos conceptos son ilusiones—objeta—, entonces tienen un contenido y existen en la imaginación, de modo que no son meras palabras sin sentido. En el caso del derecho subjetivo, su contenido sería un poder¹²⁴.

La segunda crítica parte de la misma distinción. En el supuesto de que el derecho subjetivo constituya un poder, hay que distinguir entre la opinión común, que piensa que este poder es de carácter real, y la reflexión filosófica, que muestra que es sólo un poder ideal. Olivecrona, según Marc-Wogau, mezcla las

¹²¹ *Ibid.*, p. 227.

¹²² *Vid. supra* ep. II.3 de este mismo capítulo.

¹²³ MARC-WOGAU, K., «Über die Begriffe...», pp. 227-228.

¹²⁴ *Cfr. LFI*, p. 89, 112 ss., 120-121; *GS*, p. 97, 111 ss., 117.

dos cosas. Particularmente cuando dice que el derecho subjetivo responde a un poder ideal. En rigor, deben distinguirse dos planos distintos. La concepción del derecho subjetivo como poder, por un lado, y su consideración como real o ideal, por otro lado. En su opinión, afirmar que el poder en cuestión es ideal, y no real, entraña ya una crítica, pues equivale a afirmar que la opinión común se imagina algo que no existe fuera de la mente¹²⁵.

En el caso de que el derecho no sea más que una palabra que carece de todo sentido, objetivo o subjetivo, lo que debe mostrar la filosofía es que el error de la mentalidad común consiste en pensar que hay algo detrás de la noción de derecho, cuando en realidad no hay absolutamente nada. No hay ni un poder real ni un poder ideal. Pero si esto es así, entonces no tiene sentido pararse a determinar si lo que corrientemente se entiende por derecho subjetivo pertenece o no al mundo natural, lo que sólo tiene sentido en el primer supuesto¹²⁶.

En el caso de que, efectivamente, los conceptos jurídicos carezcan de significado, Marc-Wogau plantea la posibilidad—que considera dogmáticamente rechazada por Olivecrona—de que todos ellos sean reductibles a una y la misma determinación simple, objetiva e inanalizable, que, a su juicio, puede ser expresada, en general, con la palabra «deber» (*Sollen*). Se trata—indica este profesor—de una determinación de carácter relativo, análoga a la determinación «adelante-atrás», que, probablemente, también sea inanalizable. Sirve para señalar una rela-

¹²⁵MARC-WOGAU, K., «Über die Begriffe...», pp. 230-231.

¹²⁶*Ibid.*, pp. 231-232.

ción entre determinada conducta y determinada situación: tal conducta debe ser realizada en tal situación¹²⁷.

Hay hechos—afirma Marc-Wogau—que no pierden su carácter de tales porque falte esta constatación. Así, es verdad que la República platónica no existe en el mundo del tiempo y el espacio, pero es un hecho (*Tatsache*) que, en ella, los filósofos son los que gobiernan. Del mismo modo que no existiendo el gato gris con el que he soñado, es un hecho que, en mi sueño, ese gato era gris. Si esto es así, facticidad y pertenencia al mundo del espacio y del tiempo no se identifican¹²⁸.

Por ello, nada impide comprender el deber ser como un hecho cuando éste indica una determinada relación entre una acción y determinada situación. Si la acción es o no es realizada, o sea, si pertenece o no al mundo del tiempo y del espacio, no importa para la facticidad de la expresada relación entre una acción y determinada situación. Así, aun en el caso de que tal acción no hubiera sido ejecutada, seguiría siendo un hecho que debió haber sido ejecutada. En consecuencia—concluye—, la facticidad del deber ser, así como la facticidad de aquellos otros conceptos que expresan un deber ser, no pueden ser puestas en duda afirmando que no pertenecen al mundo del tiempo y del espacio¹²⁹.

¹²⁷ *Ibid.*, pp. 232-233.

¹²⁸ *Ibid.*, pp. 234-235.

¹²⁹ Esto, en realidad, equivale a sostener la existencia de dos mundos, cada uno con sus respectivos hechos.

En nuestra opinión, quizás sea forzar algo las cosas llamar «hecho» a estos objetos, que ciertamente *son* de alguna manera, pero con una forma peculiar de ser. Marc-Wogau no tiene más remedio que hacerlo porque, en el fondo, identifica verdad con facticidad, es decir, realidad con facticidad. Pero hay muchas formas de ser. La de los filósofos de la República platónica y la del gato gris de mi sueño es una de ellas. La de lo que usualmente se entiende por hecho, otra. No obstante, la crítica de Marc-Wogau es interesante porque permite plantear la cuestión de la verdad y la falsedad en relación con las normas jurídicas¹³⁰.

2. La repuesta de Olivecrona

Olivecrona responde a estas críticas en el número siguiente de la revista *Theoria*¹³¹. En primer lugar se muestra de acuerdo en que la distinción mencionada por Marc-Wogau en su primera crítica es de suma importancia. Pero afirma haberla tenido en cuenta. En otro caso, según él, no habría podido sostener en su libro que el contenido ideal o representativo de las normas jurídicas sea algo real¹³².

Sostiene también que nunca ha afirmado que los conceptos jurídicos representen cosa alguna. Si, en el caso del derecho

¹³⁰ Sobre la posibilidad de hablar de verdad o falsedad en las normas y proposiciones jurídicas, *cfr. supra* cap. IV, ep. VI y la bibliografía allí citada.

¹³¹ OLIVECRONA, K., «Zum Begriff des subjektiven Rechts. Bemerkungen zu Konrad Marc-Wogaus Kritik in *Theoria*, 1940, S. 227 ff.», en *Th.*, 7 (1941), pp. 46-52.

¹³² *Ibid.*, pp. 47-48.

subjetivo, ha tratado de explicar con qué hechos puede éste relacionarse ello ha sido porque existe una fuerte tendencia a asimilar el derecho subjetivo a determinada situación de hecho, por lo que era preciso evitar la confusión. El siguiente paso consistía en dilucidar qué se entiende corrientemente por derecho subjetivo, y parece que ello apunta a un poder peculiar, algo que se puede hacer o exigir. Pero este poder no existe en la realidad. Es un poder ideal. En cuanto al significado de dicho poder ideal, el único contenido ideal del derecho subjetivo es la palabra misma «derecho»¹³³. Esto le permite concluir a Olivecrona que no hay ninguna vacilación en su pensamiento, sino solamente una transición de una pregunta a otra¹³⁴.

Por lo que respecta a su análisis psicológico, con él trata de desentrañar la razón por la que una palabra puede tener efectos en la conducta de la gente, y llega a la conclusión de que la causa es doble. Un sentimiento de fuerza, conectado con la idea de que alguien tiene un derecho, por un lado; y una variedad de circunstancias, como la relativa seguridad de que disfruta el titular del derecho o la posibilidad de poner en movimiento el aparato coactivo del Estado, por otro¹³⁵. Martin Fries, en el mismo número de la revista, sale en apoyo de Olivecrona¹³⁶.

¹³³ *Ibid.*, pp. 48-50.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 50.

¹³⁵ *Ibidem.*

¹³⁶ FRIES, M., «Das subjektive Recht und der Realitätsbegriff. Einige Worte anlässlich Docent Marc-Wogaus Bemerkungen gegen Professor Olivecronas *Schrift Gesetz und Staat (Om lagen och staten)*», en *Th.*, 7 (1941), pp. 135-140.

Según él, Olivecrona deja lo suficientemente claro que la existencia real, objetiva, del derecho subjetivo es sólo una ilusión que deriva de un estado emotivo¹³⁷.

Por último, en relación con la interpretación propuesta por Marc-Wogau, en opinión del profesor de Lund no se puede comparar la relación temporal de antes y después con el deber ser. Puede, en efecto, haber base en la experiencia para decir que, después de la batalla de Waterloo, Napoleón se dirigió a Santa Elena, al mismo tiempo que hay fundamentos para rechazar la afirmación de que emprendiera el viaje la noche anterior a la batalla. Sin embargo, no se puede hablar en términos de verdad acerca de una ley sobre la poligamia, la permita o no la permita. Esto es así—afirma—porque «el “deber” no puede ser objetivo en el mismo sentido de la relación temporal»¹³⁸.

El deber, a su juicio, no expresa una relación. ¿Dónde está ésta—se pregunta—en la frase «se debe decir la verdad»? ¿A qué situación se refiere?, porque en ella sólo está presente uno de los términos de la relación (la acción), pero no la situación. Olivecrona reconoce que en algunos casos sí que existe dicha relación, como en el siguiente precepto: «el que matare a otro será condenado como reo de homicidio a cadena perpetua». Pero considera que la palabra «deber» no añade nada. En su opinión, ésta «no es más que un signo imperativo»¹³⁹.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 137.

¹³⁸ «OLIVECRONA, K., «Zum Begriff...», p. 52.

¹³⁹ *Ibidem*.

En nuestra opinión, es obvio que la relación temporal se constituye de manera distinta al deber. Ahora bien, en todo caso, tanto en Olivecrona como en Marc-Wogau se echa en falta una ontología del deber. Reducido por los dos a una mera palabra es difícil que la discusión pueda llegar a algún término¹⁴⁰.

3. La dúplica de Marc-Wogau

Frente a estas aclaraciones ofrecidas por el profesor de Lund, Marc-Wogau responde en el mismo número de la revista¹⁴¹. Reconoce que el resumen llevado a cabo por Olivecrona sobre su crítica del derecho subjetivo resulta esclarecedor en algunos puntos, fundamentalmente en lo referido a la primera crítica, donde estima que el profesor de Lund le da la razón. Allí donde él habla de ambigüedad, Olivecrona admite la presencia de una transición más o menos velada de una cuestión a otra¹⁴². Pero no está de acuerdo en que su segunda crítica se pueda reconducir a la primera. Este profesor considera que hay que distinguir netamente dos cuestiones que se suscitan en el análisis del modo habitual de pensar¹⁴³. La primera cuestión consiste en determinar a qué objetos fácticos o imaginados (reales objetiva o subjetivamente) se refieren las expresiones en cuestión; sin olvi-

¹⁴⁰ No podemos detenernos a desarrollar este punto, pues excede del propósito de este trabajo.

¹⁴¹ MARC-WOGAU, K., «Zum Begriff des subjektiven Rechts. Antwort auf die Bemerkungen Karl Olivecronas in *Theoria*, 1941, S. 46 ff.», en *Th.*, 7 (1941), pp. 141-151.

¹⁴² *Ibid.*, p. 141.

¹⁴³ *Ibid.*, p. 142.

dar que es posible que, en el fondo, se trate de expresiones sin sentido¹⁴⁴. La segunda cuestión busca aclarar la idea que la opinión común se forma en relación con el sentido de la expresión correspondiente, lo cual supone atribuir a la opinión común una reflexión acerca del significado de las palabras empleadas por ella¹⁴⁵.

Si bien es verdad que Olivecrona distingue entre ambas cuestiones, Marc-Wogau considera que es preciso un tratamiento más claro. Para ello se debe partir, a su juicio, del pensamiento de Hägerström, sobre la base de su tesis principal de que las palabras «derecho» y «obligación» son palabras sin sentido que únicamente tienen una función emotiva¹⁴⁶.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 143.

¹⁴⁵ *Ibidem*.

¹⁴⁶ *Ibid.*, pp. 143-144. Tomando como ejemplo el derecho de propiedad, Marc-Wogau considera que debe procederse de la siguiente manera. La primera cuestión es determinar la idea corriente de derecho de propiedad, así como el objeto a que está referida. Esto da lugar a distintas alternativas, que se encuentran en teorías más o menos meditadas sobre el sentido del derecho de propiedad. En estas teorías se vincula el sentido del derecho de propiedad con un poder o posición de poder del titular del derecho. Tras la comprobación de dichas teorías, sin embargo, se comprueba que no existe tal posición de poder (*ibid.*, pp. 144-146). Pero Olivecrona procede así: 1.º) La conciencia ordinaria se imagina con la expresión derecho subjetivo un poder peculiar (esta afirmación se entiende desde el punto de vista de la segunda cuestión). 2.º) El poder imaginado no se corresponde con ninguna posición de poder existente en el mundo real (esta afirmación ha de entenderse en el sentido de la primera cuestión). 3.º) Tal poder no fáctico es ideal. Es un poder sobre el mundo de lo real, pero el poder en sí mismo es inaprehensible o suprasensible. 4.º) La opinión común se imagina bajo la expresión derecho subjetivo un

Por lo que se refiere a su propuesta, rechazada por Olivecrona, señala que lo único que Olivecrona aduce frente a ella es que el deber no es ninguna relación. Marc-Wogau insiste en lo contrario. Por ejemplo, en la norma que prescribe decir la verdad, puesta como ejemplo por Olivecrona, la relación se establece entre el hecho de decir la verdad y cualquier situación posible¹⁴⁷. Por otro lado, que cierta expresión tenga en ciertos casos carácter imperativo no es óbice, en su opinión, para que, a su vez, tenga carácter relativo. La imperatividad no deriva de la expresión «deber» como tal, sino de la entonación empleada, de la eventual presencia de signos de exclamación, etc. Incluso hay casos donde a la expresión de un deber le falta carácter imperativo, como cuando utilizamos el pretérito (v. gr., «debiste haberlo hecho»)¹⁴⁸.

poder ideal o sobrenatural (esta afirmación ha de entenderse en el sentido de la segunda cuestión). 5.º) El poder ideal es una palabra sin sentido. 6.º) La conciencia corriente se imagina con la expresión derecho subjetivo una palabra sin sentido, que no designa ningún objeto (en el sentido de la primera pregunta) (*ibid.*, pp. 146-148). En consecuencia—concluye Marc-Wogau—, existe una gran confusión que se deriva del hecho de que Olivecrona atribuye a la opinión común ideas dispares al mismo tiempo; a saber: a) nada determinado; b) una palabra que no designa nada; c) un poder ideal, y d) ciertas ventajas prácticas (*ibid.*, p. 148).

¹⁴⁷ Esto, en la ontología clásica no planteaba ningún problema o, al menos, el problema no tenía sentido planteado en estos términos, porque admite la existencia de relaciones de razón.

¹⁴⁸ MARC-WOGAU, K., «Zum Begriff des subjektiven Rechts...», pp. 150-151.

Desde un punto de vista lingüístico es muy interesante esta última observación. En efecto, si la función de los términos imperativos consiste en dirigir la conducta, una proposición en la que el verbo se conjugue en pasado carecerá de todo sentido, pero esto contradice la experiencia, a cuya luz la proposición «debiste haberlo hecho» es perfectamente entendible. Según Olivecrona, los términos jurídicos carecen de significado, pero tienen una función directiva. Al carecer de significado parece, pues, que lo único que les da sentido es dicha función. Pero he aquí que dicho sentido permanece aun cuando la proposición tiene una función distinta, en este caso declarativa. Esto nos lleva nuevamente en la dirección del deber como una categoría con significado.

4. Otras críticas

Además de esta polémica, diversos autores han formulado objeciones a distintos aspectos de la teoría olivecroniana. Debido a su variedad, no es posible hacer una presentación sistemática de ellas.

Se ha puesto en duda, por ejemplo, que se pueda hablar de una función directiva de los derechos subjetivos. Así, por ejemplo, si el legislador decide instituir el derecho de conversión de los arrendamientos históricos en pleno dominio, o si un juez declara el derecho del demandante a ser compensado económicamente, se podría, en efecto, decir que cierto estado de cosas ha sido creado (imperativamente), el cual puede ciertamente dar pie a actos que en otro caso no se habrían producido. Pero de ahí a entender que los dictados del legislador o la sentencia sean pro-

posiciones directivas para que la gente se comporte de determinada manera hay un gran trecho¹⁴⁹.

En efecto, la tesis de Olivecrona es discutible. Sin embargo, no deja de ser coherente con su planteamiento. El profesor de Lund concibe el Derecho anclado en una naturaleza humana entendida como libertad absoluta, al modo de Hobbes. El Derecho objetivo, en consecuencia, es un límite voluntariamente establecido con base en ciertos intereses, que exigen controlar y dirigir a los individuos. Así, todo el Derecho es entendido con una función directiva, incluidas las sentencias judiciales.

En cuanto a la investigación acerca de la concepción corriente sobre el derecho subjetivo, se ha sostenido con razón que Olivecrona no llega a ésta a través de un estudio empírico de las creencias de la gente. Es más—se añade—, «si uno tuviera que examinar las creencias de la gente, parece dudoso que pudiera ser detectada tal creencia en poderes intangibles»¹⁵⁰.

Por lo que se refiere al origen mágico del lenguaje sobre el derecho subjetivo se ha indicado la presencia de dos suposiciones indemostradas. En primer lugar, Olivecrona no demuestra que todos los pueblos primitivos creen en la eficacia mágica de los rituales para alterar el curso de los acontecimientos y, en segundo lugar, tampoco demuestra que no hacen distinción entre

¹⁴⁹ ARNHOLM, C. J., «Olivecrona on Legal Rights», *SSL*, 1962, pp. 25-26.

¹⁵⁰ MACCORMACK, G., «Law as fact», *op. cit.*, p. 405. Efectivamente, no creemos que la opinión de la gente común piense que ejercitar una acción judicial con base en un derecho subjetivo equivalga a ejercer un poder, y es verdad que Olivecrona no demuestra lo contrario. A nuestro juicio, cuando una persona demanda algo sólo busca que le den lo que cree que es suyo.

aquellos rituales destinados a producir efectos visibles (v. gr., curaciones) de aquellos que producen efectos invisibles (v. gr., Derecho). En este sentido, se critica que el trabajo de Malinowski citado por Olivecrona está incorrectamente interpretado en la medida en que los trobriandeses, en contra de lo pretendido por el profesor de Lund, distinguen entre efectos mágicos y jurídicos¹⁵¹. Más aún. Los autores de la crítica afirman no conocer

¹⁵¹ El trabajo, citado indirectamente por Olivecrona, es MALINOWSKI, B., *Coral Gardens and their Magic*, vol. 2, Nueva York, 1935, que está traducido al castellano como *El cultivo de la tierra y los ritos agrícolas en las islas Trobriand*, trad. de A. Desmonts, Barcelona, Labor, 1977. Ésta es una obra dedicada a poner de manifiesto cómo la magia está presente en todas las fases agrícolas en las islas Trobriand. Y, efectivamente, no es fácil apreciar una vinculación directa entre el Derecho y la magia. Malinowski expone que la agricultura tiene también un aspecto jurídico y da cuenta de diversas instituciones jurídicas, pero en ninguna de ellas se ve esta conexión. Antes bien, parece existir un fundamento racional, como cuando cuando se expone cómo se realiza el reparto de las parcelas, según criterios de capacidad de trabajo, necesidades familiares y otras (MALINOWSKI, B., *El cultivo...*, pp. 110-115). La magia está sí íntimamente conectada con la agricultura, presente, como decimos, en todas sus fases, pero el propio Malinowski se encarga de aclarar que no hay confusión entre magia y agricultura entre los trobriandeses (*ibid.*, p. 85). En otro trabajo posterior, Malinowski se expresa en parecidos términos. Según él, es falso que todo en la vida del hombre primitivo sea misticismo. En su opinión, éste maneja una serie de reglas técnicas aplicadas a los cultivos, navegación, pesca y otras actividades. La magia queda reservada para aquello que escapa de sus manos, como las catástrofes naturales. Con todo, en su opinión, saben delimitar el ámbito mágico y el laboral. Sin trabajo saben que no obtendrán lo necesario (MALINOWSKI, B., *Derecho, magia y religión*, Barcelona, Ariel, 1994, p. 17). La tesis de Olivecrona podría encontrar fundamento en la existencia de cierta clase de fórmulas, como las que recoge Malinowski entre los trobriandeses, del tipo: «[...] El vientre de mi

ningún estudio en el que el Derecho se presente como formando parte de la magia o de la religión. Por todo ello no se estima probado el hecho de que en las sociedades primitivas magia y Derecho constituyan una realidad indistinta¹⁵².

Una última crítica lamenta que Olivecrona no haya ido más lejos en su empirismo, y le acusa a éste de abandonar el plano de los hechos cuando habla de derechos sin distinguir si éstos pue-

huerto sube, / El vientre de mi huerto se levanta, / El vientre de mi huerto se reclina, / El vientre de mi huerto crece hasta el tamaño del nido de la gallina salvaje, / El vientre de mi huerto crece como un hormiguero, / El vientre de mi huerto se levanta y se encorva, / El vientre de mi huerto se levanta como una palmera de madera dura, / El vientre de mi huerto cae, / El vientre de mi huerto se hincha, / El vientre de mi huerto se hincha como con un niño»; dirigida en este caso a dar fertilidad al suelo y hacer que el huerto florezca con frutos exuberantes (MALINOWSKI, B., *El cultivo...*, p. 122). Son elementos típicos de la magia, según este autor, los sonidos, la mención del deseado propósito y las alusiones mitológicas (MALINOWSKI, B., *Magia, ciencia y religión*, p. 77). Algo similar es lo que Olivecrona ve en Roma. En un ambiente sumamente religioso y mitologizado no sería de extrañar que fórmulas como «N., heres esto» («sé, N., heredero») u otras similares tuvieran un fin análogo al estudiado por Malinowski (en este caso, no hacer el suelo fértil, sino hacer a N. heredero). Esto, en nuestra opinión, es un error, porque supone imputar sin fundamento ninguno a nuestros antepasados un déficit de racionalidad en sus construcciones jurídicas. La supervivencia de dichas construcciones, incluso después de la desmitologización del mundo que supuso la visión científica y «racional» de la modernidad, muestra más bien lo contrario; es decir, pone de relieve que si algo hicieron los romanos fue pensar las relaciones sociales en términos de racionalidad, hasta el punto de que lo fundamental de su Derecho privado sigue siendo útil para nosotros en la actualidad.

¹⁵² MACCORMACK, G., «Law as fact», *op. cit.*, pp. 409-410.

den ser efectivamente hechos valer o no. El profesor de Lund—se dice—habla de «qué pasará», e incluso de «qué debería pasar», independientemente de los múltiples factores que pueden hacer que lo establecido en la ley devenga imposible en la práctica. Por eso, la palabra «imperatividad» parece «demasiado sólida». Lo que se quiere decir es, v. gr., que de nada sirve afirmar que tengo derecho a una vivienda digna si luego resulta que las condiciones económicas no lo permiten. Esto es poco realista desde este punto de vista. No se puede hablar aquí de derechos. Sería más apropiado desde este punto de vista el uso del condicional. En vez de decir «esto será así», habría que decir mejor «esto podría ser así». Lo contrario sitúa al derecho subjetivo en una posición ideal¹⁵³.

Esta crítica nos remite a la cuestión de las relaciones entre validez y eficacia que se examina *infra*¹⁵⁴. En el caso de una norma que no se cumple o un derecho que no se puede ejercer nos encontramos ante un supuesto de ineficacia. ¿Puede seguir hablándose de imperatividad en los términos de Olivecrona? La respuesta no está clara, porque él no trata de esta cuestión. Pero, desde un punto de vista empírico lo más coherente sería efectivamente renunciar a ello. Lo contrario sería, como se denuncia, situarse en una posición idealista. Ahora bien, si aceptamos esto, debemos aceptar también por la misma razón que no tiene sentido hablar de imperatividad en absoluto, pues nunca se sabe a ciencia cierta si una norma será observada o un derecho podrá ser ejercido.

¹⁵³ ARNHOLM, C. J., «Olivecrona on Legal Rights», *op. cit.*, pp. 25-26.

¹⁵⁴ *Vid. cap. VI, ep. VII.*

CAPÍTULO SEXTO

LA TEORÍA DE LA NORMA JURÍDICA

La norma jurídica¹ desempeña un papel central en el pensamiento de Olivecrona, para quien esa ante todo una herramienta

¹ Traducimos «rule of law», que aparece en las dos versiones de *Law as fact*, por «norma jurídica». Hacemos esta aclaración porque, en ocasiones, Olivecrona circunscribe su investigación a un tipo específico de norma jurídica, concretamente a la ley. De hecho, la versión modificada de la primera edición de *Law as fact* lleva por título *Om lagen och staten* (*Sobre la ley y el Estado*), en sueco, y *Gesetz und Staat* (*Ley y Estado*), en alemán. Lo mismo sucede en *Der Imperativ des Gesetzes* (*El imperativo de la ley*). No obstante, en *Gesetz und Staat*,—no así en *Der Imperativ des Gesetzes*, que sólo se refiere a la ley (*Gesetz*)—, Olivecrona habla genéricamente de «Rechtsregeln», que significa literalmente «reglas jurídicas». Por otro lado, dentro de «rules of law» o «Rechtsregeln», distingue Olivecrona entre «legislación ordinaria» o «constitucional» y «métodos informales de establecer reglas jurídicas» o «Derecho consuetudinario». Debido a ello, salvo que sea necesario distinguir, hablaremos en general de «normas jurídicas». Por último, hemos creído conveniente traducir «rule» o «regel», que etimológicamente significa «regla»—del latín «regula»—por «norma», pues aunque norma, tanto en inglés como en alemán, se traduce como «norm», es más usual en castellano emplear la palabra «norma» para expresar el mismo concepto. En este sentido, hay diccionarios jurídicos que preferentemente traducen «rule» por «norma» (*vid.* BOSSINI, F.

especialmente capaz de ordenar la conducta de los ciudadanos. Trataremos en primer lugar del pensamiento del profesor de Lund acerca de su naturaleza y, posteriormente, de la producción legislativa y sus efectos. Se distinguirá también esta clase de normas jurídicas de otras como las procedentes de la costumbre o la jurisprudencia. Finalmente se efectuarán unas observaciones críticas.

I. LA NORMA JURÍDICA COMO REGLA DE CONDUCTA

Olivecrona parte de la suposición de que la norma jurídica y otros actos jurídicos tienen por objeto afectar la conducta humana:

«El propósito de toda disposición jurídica, pronunciamiento judicial, contrato y otros actos jurídicos es influir en la conducta de los hombres y dirigirlos por ciertos caminos»².

Decimos «suposición» porque Olivecrona no trata de demostrar esto. La primera frase del capítulo dedicado a la norma jurídica en la primera edición de *Law as fact* dice así: «toda norma de Derecho se refiere, *por supuesto*, a la conducta de las

R. y GLEESON, M., *Diccionario bilingüe de terminología jurídica. Inglés-español/español-inglés*, Madrid, McGraw Hill, 1998; ALCARAZ VARÓ, E. y HUGHES, B., *Diccionario de términos jurídicos. Inglés-español/Spanish-English*, Barcelona, Ariel, 1999). Por lo que se refiere al alemán, es perfectamente posible traducir «regel» por «norma»: *vid.* SLABÝ, R. J., GROSSMANN, R. y ILLIG, C., *Diccionario de las lenguas española y alemana, t. II, alemán-español*, Barcelona, Herder, 1989.

² «Legal Language and Reality», p. 177.

personas. El fin de la norma es siempre influir en sus acciones de una manera u otra»³.

En la norma jurídica, afirma Olivecrona, se establecen modelos o patrones de conducta, los cuales, en cuanto modelos de conducta, consisten en la idea de una acción imaginaria en una situación imaginaria⁴. Al primer elemento lo denomina «*agendum*», porque señala lo que hay que hacer, y al segundo «*requisitum*», porque señala las condiciones en las que hay que llevarlo a cabo. A su vez, ambos constituyen el *ideatum* o parte ideal o representativa de la norma⁵. Por ejemplo, en la regulación de tráfico, la representación de un conductor ante un semáforo en rojo se incluye en el *requisitum*, mientras que la detención del vehículo forma parte del *agendum*.

Sin embargo, no es tan fácil como parece determinar en un caso concreto estos elementos, sobre todo para el juez. Por lo que se refiere al *requisitum*, y siguiendo con el ejemplo anterior, el juez no solamente tiene que conocer la regulación de tráfico, sino que también—imaginemos que el conductor infringió la norma y provocó un accidente—ha de tener en cuenta un gran número de normas procesales y de prueba aplicables en el caso.

³ Ambas citas, en *LF/I*, p. 28. Cursiva añadida.

⁴ *LF/I*, pp. 28-30. *Vid.* también *GS*, pp. 17-19.

⁵ Esta terminología de *agendum* y *requisitum* aparece en *LF/II*, pp. 116-117. Anteriormente, si bien distinguía los dos elementos (*LF/I*, p. 30), simplemente los describía, sin darles una denominación específica. No obstante, en «The Imperative Element in the Law» 1963-1964, los engloba como parte de una categoría superior que denomina «*ideatum*», término también utilizado en 1971 (*LF/II*, pp. 116-117).

Por lo que se refiere al *agendum*, además de considerar las reglas de tráfico, el juez tiene que considerar otras normas, como las relativas a la responsabilidad civil, al seguro obligatorio, o a la edad mínima penal: «no hay, de hecho—escribe—, ningún caso donde una sola disposición jurídica singular pueda ser considerada aisladamente por el juez o por cualquier otra persona designada para decidir qué tipo de acción se ajusta a Derecho en una situación dada»⁶.

II. LA NORMA JURÍDICA COMO IMPERATIVO

La sola descripción de una conducta ideal, por sí sola, no basta para que el destinatario la adopte como modelo. Por ello es preciso, además, un elemento imperativo que prescriba la conducta representada. Este elemento es denominado por Olivecrona «imperantum»⁷.

La representación de una acción—observa el profesor de Lund—carece por sí misma eficacia práctica. Esta clase de discurso (enunciativo) está en un plano distinto. «Es evidente—afirma—que la ley no se dicta para dar a conocer determinados hechos»⁸.

⁶ *Ibid.*, p. 117.

⁷ «The Imperative...», p. 794; *LF/II*, pp. 118-120.

⁸ *Der Imperativ des Gesetzes*, p. 10. Asimismo, *vid. LF/I*, p. 33. Esto implica que una norma jurídica no puede ser una *declaración* de voluntad. Toda declaración pertenece esencialmente a un modo de discurso indicativo, y carece de relevancia prescriptiva. Advierte Pattaro que, a diferencia de Kelsen, que confunde ambos discursos identificando mandatos y declaraciones de voluntad, Olivecrona no incurre en este error (*Elementos para una Teoría del Derecho*, *op. cit.*, p. 184). En efecto, según el profesor de Lund, si un mandato

Tampoco se puede decir que la norma sea un juicio sobre un acontecimiento futuro. Para realizar este tipo de juicios hay que partir de la suposición de que la ley será *efectiva*, pero esto es algo totalmente distinto. No tiene sentido que una ley consista en predicciones acerca del resultado de su propia efectividad⁹. Por último, la norma no expresa la esperanza en cierto acontecimiento futuro, ni deseos o consejos acerca de cómo deben obrar las personas¹⁰.

Las normas son esencialmente imperativas. Pero una cosa es el carácter imperativo de las normas jurídicas y otra cosa es que verbalmente requieran el modo imperativo. Desde este punto de vista, tan legítimo resulta el modo imperativo como el indicativo. Es sólo una cuestión de estilo. Cualquiera que sea el

fuera lo mismo que una declaración de voluntad, podría ser, sin mutación de significado, reformulado como una aserción. Pero esto no es así. Para distinguir ambos tipos de discurso, Olivecrona pone el siguiente ejemplo. No es lo mismo decir al niño «¡suénate la nariz!» que decirle «es un hecho que yo quiero que te suenes la nariz». Puede que el efecto de ambas sea el mismo, y el niño se suene la nariz, pero el *significado* es completamente diferente. En el primer caso, no afirmamos nada. Lo único que hay es un enunciado que tiene por finalidad específica suscitar una acción en la persona intimada. No se dirige a dar conocimiento de algo, sino a influir en la voluntad. Sin embargo, el segundo enunciado tiene por finalidad dar a conocer un hecho (*LF/I*, p. 33; *GS*, pp. 21-22). En consecuencia, es contradictorio decir que la ley es la voluntad del Estado y que ésta consiste en los mandatos del Estado: «si las normas fueran realmente declaraciones de la “voluntad del Estado”, no serían mandatos del Estado, pues un mandato no es una declaración de voluntad» (*LF/I*, p. 34; *GS*, p. 23).

⁹ *Der Imperativ des Gesetzes*, p. 10.

¹⁰ *Ibidem*.

modo que se utilice, el significado de una norma jurídica es que tal o cual conducta debe (*soll*) ser observada. Por ello, aun no estando en modo imperativo, el texto normativo siempre puede reformularse en este sentido¹¹.

El modo imperativo consiste en que uno debe comportarse *incondicionalmente* de cierta manera¹². El que la norma jurídica vaya acompañada de una norma acerca de lo que cabe esperar en caso de incumplimiento no significa que el precepto jurídico consista en que uno ha de comportarse de tal o cual manera si quiere evitar la sanción. En opinión del profesor de Lund, el significado de una disposición jurídica queda alterado cuando la norma se transforma en un consejo o en una amenaza¹³.

El elemento imperativo no es el mismo en todos los casos. Varía dependiendo de que se trate de disposiciones jurídicas formalmente promulgadas, de costumbres o de jurisprudencia (*judge-made law*). En el primer caso, el *imperantum* está constituido por el aparato formal y procedimental en que tiene lugar la promulgación de la norma. En el caso de que haya sido firmemente establecida (es objeto de respeto generalizado), la clave está en la constitución que lo diseña y prescribe. A partir de aquí, todo aquello que es promulgado según este cauce goza de igual respeto¹⁴.

¹¹ *Ibid.*, p. 11.

¹² *Ibid.*, pp. 11-12.

¹³ *Ibid.*, p. 12.

¹⁴ *LF/II*, pp. 130-131. Sobre la promulgación se extiende algo más en *Der Imperativ*, pp. 31 ss.

Por lo que se refiere a la costumbre, para determinar el elemento imperativo tenemos que acudir a la historia del Derecho. Antiguamente, en Suecia, el Derecho, antes de que fuese escrito, se conservaba gracias a la memoria de los «hombres sabios». No obstante, existía un acto solemne que podría ser interpretado en el sentido de lo que hoy conocemos como promulgación. Dicho acto consistía en que, ante una asamblea, llamada *Ting*, determinada persona que lo tenía a su cargo—el *lagman*—recitaba la ley. El recitado probablemente debía de ser rítmico y con aliteraciones. Luego, los presentes tenían que recitar la ley en su casa ante la familia. Todas estas circunstancias—la asamblea, el *lagman*, la presumible aclamación general, etc.—que rodeaban la ceremonia producían a buen seguro un clima muy adecuado para suscitar en los presentes un sentimiento de respeto profundo por la ley¹⁵.

Por último, si bien es verdad que la jurisprudencia resuelve casos individuales y no proclama normas generales, en ocasiones determinados tribunales superiores aceptan determinada norma como jurídica, y esto tiene el efecto de que es generalmente aceptado por el resto de operadores jurídicos. Similar efecto puede acontecer con la doctrina. La norma en cuestión, a partir de ese momento, queda firmemente establecida como norma jurídica. Estas decisiones de jueces y juristas, en opinión

¹⁵ *LF/II*, p. 131. Esta ceremonia se describe detalladamente en el ya citado *Das Werden eines Königs nach altschwedischem Recht*, de 1949, pp. 9 ss.

de Olivecrona, son en el campo del Derecho jurisprudencial algo muy parecido a la promulgación legislativa¹⁶.

En definitiva, a pesar de las variantes que presenta el *imperantum* en función de la clase de norma en cuestión, en todos casos se lleva a efecto mediante una especie de promulgación *sui generis*.

III. LA NORMA JURÍDICA COMO IMPERATIVO INDEPENDIENTE

Como sea que las normas jurídicas regulan imperativamente una conducta, Olivecrona las denomina imperativos. Pero una orden también es un imperativo. ¿Hay algo que distinga ambas clases de imperativos? Hay que empezar diciendo que para el profesor de Lund la orden o el mandato es el prototipo de la norma jurídica¹⁷.

Lo que distingue un caso de otro es que mientras la orden o el mandato presuponen alguien que los dicta, no se puede decir lo mismo de la norma jurídica¹⁸. Refiriéndose al Estado como

¹⁶ *LF/II*, p. 132. Olivecrona utiliza la palabra «decisiones» para referirse tanto a la actuación de jueces como a la de los juristas. Parece obvio que estos últimos más que decidir, proponen. *Vid. infra* ep. VI.3.

¹⁷ *Der Imperativ...*, p. 13.

¹⁸ En esto Olivecrona sigue a HÄGERSTRÖM, A., «Is Positive Law an Expression of Will?», en *Inquiries, op. cit.*, pp. 17-55. Para Hägerström, desde el momento en que el Estado es una persona jurídica, su existencia ha de estar precedida por el Derecho, por lo que es lógicamente imposible que éste sea una creación suya (p. 19). Este círculo no se puede salvar, dice el profesor de Uppsala, hablando de una voluntad colectiva o general expresada en la ley, que esté por encima de los órganos del Estado. Es una idea absurda. Primero, porque nadie se da órdenes a sí mismo. Y segundo, porque no tiene sentido

presunto autor de las normas jurídicas, el profesor de Lund afirma:

pensar que un individuo exija de todos los demás que observen las leyes. ¿Acaso quieren los criminales que los órganos de justicia les apliquen el Derecho penal? O ¿acaso tiene el individuo un conocimiento adecuado de todas las leyes vigentes en un Estado para poder ordenarlas? (pp. 20-21). Otra manera, explica Hägerström, de superar el círculo mencionado consiste en suponer que la ley es un conjunto de imperativos o declaraciones de voluntad establecidos por la persona o personas que, *de facto*, están, debido a que gozan de la obediencia de los miembros de la sociedad, en la posición de realizar efectivamente sus propósitos. Para él es imposible un poder que lo sea meramente *de facto*, pues siempre hay algún tipo de norma que regula el uso o el acceso al poder. Así, se pregunta: «¿no es verdad que así como el particular tiene, si quiere ejercer sus derechos, que apelar al Derecho positivo cuando sostiene pretensiones frente a los demás particulares; también el poder político tiene que, si quiere que su regulación tenga fuerza de ley, basarse en la constitución existente a la hora de regular las relaciones sociales?» (p. 30). Téngase presente que para Hägerström una constitución no consiste más que en ciertas reglas para el gobierno de cierto grupo social (p. 31). En el mismo sentido, se pregunta «¿o ¿acaso hay algún régimen que se pueda llamar Estado en el que los poseedores efectivos del poder no estén sometidos a algún tipo de regla sobre la que basen su ejercicio?» (pp. 34-35). Otra manera de entender la voluntad del Estado resulta de la antropomorfización de los diferentes factores que coadyuvan en el mantenimiento del ordenamiento jurídico. Aun cuando la ley sea generalmente observada—escribe Hägerström—, ello no significa que exista una voluntad unitaria en los particulares dirigida al mantenimiento de la ley. Si analizamos la fuerza que mantiene el Derecho, lo que encontramos es un conjunto heteróclito de factores, como el sentimiento corriente de justicia, los intereses de clase, la necesidad de adaptación, etc. Pensar en un fin común que aúne las voluntades de los particulares es una ilusión (pp. 37-41).

«Es, sin embargo, imposible mantener que el “Estado” en sentido estricto pudiera dictar mandatos. El Estado es una organización. Pero una organización, como tal, no puede decirse que mande»¹⁹.

Olivecrona considera que para poder afirmar que las normas jurídicas son los mandatos del Estado, habría que atribuirles a sus miembros individuales. Pero esto tampoco es posible por lo siguiente:

«La maquinaria del Estado es hecha funcionar por una multitud siempre cambiante de personas, que actúan de monarcas, presidentes, jefes y miembros del gobierno, miembros del parlamento, etc. En general, ninguna de estas personas tiene la más mínima idea de que el Derecho pudiera consistir en sus mandatos. Cada uno de ellos encuentra vigentes las normas que son llamadas Derecho y que son generalmente aplicadas. Sólo pueden llevar a cabo un cambio en alguna parte del Derecho. El grueso existía antes que él y seguirá rigiendo la vida del país cuando él se haya ido»²⁰.

Es absurdo pensar que los legisladores sean la voluntad creadora del Derecho cuando ellos mismos acceden al poder según las normas jurídicas. Por consiguiente, ellas les preexisten. El Derecho no emana, pues, del Estado²¹. Esto significa que lo que caracteriza las normas jurídicas es la *ausencia de una relación* entre emisor y destinatario.

De lo dicho se deduce que hay dos clases de imperativos; aquellos que rigen una relación directa entre emisor y destina-

¹⁹ *LF/I*, p. 36.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ *Ibid.*, pp. 36-37; 40-41. El proceso legislativo se trata más en detalle luego.

rio—órdenes o mandatos—, y aquellos en que esta relación no está presente—normas jurídicas y también morales—²². En el mandato, la relación es fundamental. Sin ella carece de toda virtualidad emotiva. Su eficacia—afirma Olivecrona siguiendo a Hägerström—no requiere ni de amenazas ni de valores—aunque eventualmente puedan reforzarlo—, sino únicamente de la manera como es expresado²³. El *imperantum* vincula en el destinatario la representación de una conducta determinada con un impulso de la voluntad. Es importante que el receptor esté preparado para recibir mandatos del emisor. En toda organización jerárquica, los subordinados están habituados a responder a los mandatos de los superiores. La instrucción militar es el caso más conspicuo²⁴.

Pero, como decimos, esta relación personal puede faltar. Esto se ve mejor con un ejemplo. A un niño se le puede decir: «¡debes decir la verdad!», y le estamos dirigiendo un mandato. Pero esto también se le puede transmitir en forma de enseñanza. Así, se le puede inculcar que todo hombre debe decir la verdad, porque eso es lo correcto. El resultado será, si el niño es una persona normal, que esta enseñanza quedará grabada en su mente y ejercerá en él un poder sugestivo. Sin necesidad de alguien dictando órdenes, la norma que prohíbe mentir se le hará

²² *LF/I*, p. 43; *GS*, pp. 28-29; *LF/II*, p. 129.

²³ *LF/I*, p. 35 ss. *GS*, pp. 24 ss.; *Der Imperativ des Gesetzes*, p. 13 ss. *LF/II*, pp. 126 ss. En todo caso sigue a Hägerström: *cfr.* HÄGERSTRÖM, A., «On the Idea of Duty», en *Inquiries, op. cit.*, pp. 116 ss. Es precisamente en el profesor de Uppsala donde se encuentra un tratamiento mejor y más detallado.

²⁴ Entre otros lugares, *LF/II*, p. 127.

presente a esta persona, incluso en la edad adulta, cada vez que se le presente la oportunidad de mentir²⁵.

En estos casos se crea de modo permanente en la conciencia una expresión imperativa—del tipo «está mal», «es incorrecto», etc.—asociada con la representación de determinado comportamiento. La eficacia psicológica de tal expresión varía con respecto al mandato, aunque existen algunas similitudes. Olivecrona propone el término de «imperativo independiente»²⁶ para cuando falta una relación personal entre emisor y receptor. Las denominaciones «orden» o «mandato» pueden seguir siendo empleadas en el sentido corriente para cuando existe dicha relación personal. Ambas categorías pueden ser englobadas dentro de la categoría general «imperativos»²⁷. Conviene señalar por

²⁵ *Der Imperativ des Gesetzes*, p. 24.

²⁶ Ross acepta esta caracterización. Sin embargo, en lugar de hablar de imperativos independientes habla de directivos impersonales (ROSS, A., *La lógica de las normas*, trad. de J. S.-P. Hierro, Madrid, Tecnos, 1971, p. 55).

²⁷ *Ibid.*, pp. 24-26; *LF/I*, pp. 42 ss; *GS*, pp. 28 ss.; *LF/II*, pp. 128 ss. Pattaro interpreta la distinción entre mandatos y normas jurídicas en estos términos: «si los mandatos son imperativos *porque* son personales (esto es, en la medida en que son aptos para explicar un poder sugestivo inmediato sobre el destinatario), las normas jurídicas son imperativas *a pesar* de que sean impersonales, con independencia del poder sugestivo directo que pueda ejercer quien las dicte» (*Elementos para una Teoría del Derecho*, *op. cit.*, pp. 188-189; «Riflessioni su Olivecrona», *op. cit.*, p. 745; «Olivecrona's Theory of Imperatives», en VARIOS, *Essays in Legal Theory in Honor of Kaarle Makkonen*, 1983, p. 229). Remarca el profesor italiano especialmente que la diferencia entre mandatos y normas jurídicas viene dada por el mecanismo psicológico que les sirve de base. Si en los mandatos se basa en la sugestión personal, en las normas jurídicas, como vamos a ver, tiene que ver con el funcionamiento

último que existe una multiplicidad de categorías intermedias, que varían en función de su grado de independencia²⁸.

La categoría de los imperativos independientes es extremadamente amplia. Según Olivecrona, no sólo pertenecen a ella las normas jurídicas²⁹, sino también las morales, e incluso signos imperativos como los semáforos, las vallas del jardín o el candado de la puerta. Es verdad que ni la valla ni el candado pueden impedir definitivamente que alguien penetre en propiedad ajena, pero son signos prohibitivos. Los signos imperativos—recuerda—se encuentran a cada paso³⁰.

El carácter imperativo de las normas jurídicas permite influir de modo sugestivo en la conducta de las personas. Ellas constituyen—escribe—un «vasto complejo [...] que contienen modelos de conducta que más o menos generalmente son cumplidas dentro de un grupo de personas»³¹.

En resumen, una norma jurídica es una regla de conducta imperativa e independiente de toda relación personal emi-

ordinario de la maquinaria jurídica. A diferencia de Kelsen—nota Pattaro—que hace una distinción ontológica entre los mandatos (que pertenecen al mundo del ser) y las normas jurídicas (que pertenecen al mundo del deber ser), Olivecrona reduce esta distinción a una distinción de «condiciones de operatividad, de funcionalidad causal en el mundo de los hechos empíricos» (PATTARO, E., *Elementos...*, p. 194).

²⁸ *LF/II*, p. 129.

²⁹ *Ibid.*, p. 130. Su carácter independiente es «evidente» para Olivecrona.

³⁰ *Ibid.*, p. 129. «La vida social del hombre está tejida en una red de imperativos de todo tipo» (*Der Imperativ...*, p. 30).

³¹ *LF/II*, p. 130.

sor/receptor. Sin embargo, esta caracterización es muy amplia, porque dentro de la misma categoría, se comprenden no solamente textos jurídicos escritos, sino también «signos mudos» como los semáforos, los vallados o los candados. Asimismo, al lado del Derecho formalmente promulgado, nos encontramos también los principios de la ética. ¿Existe alguna diferencia entre la norma jurídica y la norma moral?

IV. NORMAS JURÍDICAS Y NORMAS MORALES

En opinión de Olivecrona, las normas morales son una especie de imperativos independientes. Ahora corresponde ver qué es lo que las caracteriza o distingue de las normas jurídicas. Olivecrona niega que la diferencia radique en el *origen* de las normas, como alguna vez se ha pretendido. Según esta interpretación, las normas jurídicas emanarían del Estado, mientras que las normas morales se producirían espontáneamente. La razón está en lo que se dijo arriba. El profesor escandinavo no cree que pueda considerarse al Estado como autor de las normas jurídicas. Por otro lado, la costumbre también tiene carácter jurídico. Y, por último, las normas morales son formadas con la ayuda del aparato legislativo³². Hay que tener en cuenta, además, que, según el profesor sueco, no existe una diferencia importante en cuanto

³² No sabemos muy bien a qué se refiere con la afirmación de que el aparato legislativo presta ayuda a la costumbre. Tal vez podría entenderse en el sentido de lo que diremos abajo sobre la primacía del Derecho legislado en la conformación de la conciencia jurídica (*vid.* cap. VII, ep. III de este mismo trabajo).

al *contenido* de ambos tipos de normas jurídicas³³. ¿En qué consiste, pues, la diferencia?

Olivecrona conecta las normas morales con el fenómeno de la conciencia, mientras que las normas jurídicas las relaciona con la organización de la fuerza³⁴. Así, define aquéllas como «enunciados imperativos que, independientemente de la situación del mandato, apelan a nuestra conciencia»³⁵. A su vez, pertenecen al ordenamiento jurídico únicamente aquellas normas que están ligadas a la organización estatal, que es aquella organización de la fuerza constituida para dominar en un territorio determinado³⁶.

En virtud de ello, pertenecen al ordenamiento jurídico las normas que regulan la misma organización estatal; las normas que se refieren al empleo de la fuerza coactiva del Estado; las normas sobre la actividad de los funcionarios públicos, etc. Asimismo, las normas que rigen el comportamiento de los parti-

³³ GS, pp. 39-40.

³⁴ Una distinción muy similar se puede encontrar en VINOGRADOFF, P., *Common Sense in Law*, Londres, Oxford University Press, 1913. Aquí se maneja la versión castellana: *Introducción al Derecho*, trad. De V. Herrero, México, Fondo de Cultura Económica, 1967, p. 45. La diferencia está en que Vinogradoff interpreta la organización social en los términos de la teoría de la voluntad.

³⁵ GS, p. 37.

³⁶ *Ibid.*, p. 40.

culares, que del contexto se deduce que hay que interpretar como el reverso de las normas coactivas mencionadas³⁷.

Volviendo otra vez a las normas morales, ¿a qué se refiere Olivecrona cuando dice que apelan a nuestra conciencia? El profesor de Lund parece referirse al eco o efecto que producen ellas en nosotros. Para él son morales aquellas «normas que, en sí y por sí, son sentidas como obligatorias»³⁸. Parece, por lo tanto, que es una cuestión de sentimiento³⁹. Más adelante dice:

«El mandamiento [moral] nos acompaña a todas partes. Uno puede rebelarse contra él, pero no puede borrarlo. Si se desobedece el mandamiento, actúa a través de los remordimientos, que son justamente la expresión de que uno se halla de hecho bajo el influjo del mandamiento. Uno no se ha comportado como se debe»⁴⁰.

³⁷ *Ibid.*, pp. 40-41. Sobre esta doble vertiente de las normas, *vid.* cap. VII, ep. IV.

³⁸ *GS*, p. 41.

³⁹ Esta observación, sin embargo, confunde más que distingue, pues las normas jurídicas también producen un sentimiento de sujeción. Para salvar la coherencia de la exposición, tal vez haya que entender que en el caso de las normas jurídicas el sentimiento de vinculación se halla en conexión no sólo con el texto jurídico, sino también con la organización estatal. Según esto, la norma moral aparecería como intrínsecamente válida, al margen de un sistema jurídico válido que lo ampare. Esto parece, en efecto, ser así, cuando Olivecrona dice que el imperativo moral no se considera «dado por alguien con poder, cuyo mandato puede ser estimado o censurado, sino que parece categórico» (*ibid.*, p. 42).

⁴⁰ *GS*, pp. 42-43.

A pesar de estas palabras, Olivecrona se desmarca de la creencia en una moral objetiva. Ésta es, para él, un sinsentido. La vinculación a que se refiere es en todo caso una vinculación psicológica⁴¹.

Por lo que se refiere a la *relación* de las normas morales con las normas jurídicas, el profesor de Lund considera que en los principales ámbitos del Derecho, los contenidos jurídicos y los morales *se solapan*. En su opinión, las normas jurídicas son una concreción de los principios morales vigentes en cada comunidad política. Es el caso de la parte central del Derecho penal: homicidio, hurto, estafa, etc.⁴² Pero hay otros preceptos morales que no se reflejan en las normas jurídicas, v. gr., la obligación de decir la verdad se recoge en el Derecho muy limitadamente. Y viceversa, existen normas jurídicas moralmente indiferentes, como son, v. gr., las normas de tráfico⁴³. Ahora bien, existe un *mandamiento moral general que obliga a respetar la ley*, con lo que este segundo tipo de normas queda amparado

⁴¹ *Ibid.*, p. 44. Sin embargo, aunque ahora no nos ocuparemos de ello por no ser el lugar, al constatar la subjetividad de la moral, Olivecrona se plantea si la moral es conscientemente construida para alcanzar ciertos fines concretos. A esta cuestión responde negativamente. La moral—estima—surge de modo más o menos instintivo. Cualquier artificio está «limitado, por un lado, mediante ciertas características de la naturaleza humana, y por otro lado, mediante las condiciones de vida exteriores» (p. 45, cursiva añadida). Lo cual, a nuestro entender, introduce una *incoherencia* en su afirmación sobre la subjetividad de la moral, pues lo que acabamos de decir equivale a basar los preceptos de la moral en la realidad del ser humano y de su circunstancia.

⁴² *Ibid.*, pp. 37-38.

⁴³ *Ibid.*, p. 38.

indirectamente por la moral. Esta conexión entre moral y Derecho, a su juicio, es fundamental para la eficacia del ordenamiento jurídico⁴⁴.

V. VALIDEZ Y PRODUCCIÓN DE LAS LEYES

1. El problema de la validez

El problema de la validez jurídica no inquieta demasiado a Olivecrona. Un estudio científico del Derecho, según él, debe limitarse a describir el proceso de formación de las normas. La validez no es un problema empírico⁴⁵. Olivecrona identifica validez con fuerza obligatoria⁴⁶. Ningún estudio pretendidamente científico permite, a su juicio, descubrir esta cualidad en ningún texto jurídico. Decir algo sobre la validez de las normas jurídicas es hacer un juicio de valor:

«Nadie se preocupa de plantear la cuestión de si el Derecho griego, el Derecho persa o el Derecho romano era obligatorio hace años. Lo que encontramos en la historia es un caudal de materiales acerca de sistemas de gobierno, decisiones de personas que actúan como jueces, actos legislativos, opiniones de juristas, etc. Podemos obtener una imagen más o menos detallada de qué normas eran consideradas obligato-

⁴⁴ *Ibid.*, pp. 38-39.

⁴⁵ *LF/II*, p. 112. Ross, en la misma línea, no habla del Derecho válido, en el sentido axiológico, sino que se ciñe a lo que llama Derecho «vigente», esto es, existente. Este concepto se forma a partir de una síntesis de las interpretaciones conductista y psicologista de la validez: el Derecho es un hábito experimentado o vivido por los jueces como socialmente obligatorio (Ross, A., *Sobre el Derecho y la justicia*, *op. cit.*, pp. 29 ss.).

⁴⁶ *LF/II*, p. 112; *GS*, p. 46.

rias; hasta qué punto eran efectivamente seguidas; cómo y por qué eran introducidas nuevas normas; por qué otras eran desechadas, etc. Pero preguntarse si cierto sistema de normas en tal o cual momento era realmente obligatorio parecería muy extraño. De hecho, no se podría dar respuesta a tal cuestión»⁴⁷.

Más aún, a su juicio la cuestión de la validez del Derecho es tan absurda en relación con el Derecho histórico como con el Derecho vigente. Es verdad que históricamente, desde los tiempos del iusnaturalismo, esta cuestión ha sido considerada un problema clásico. «Pero—añade—, en un estudio dedicado al Derecho como hecho tenemos que ceñirnos a una investigación sobre la naturaleza real de las normas jurídicas»⁴⁸.

Puesto que Olivecrona prefiere evitar hablar de validez, también aquí se evitará hacerlo. Siguiendo su programa metodológico, a continuación pasaremos a examinar cómo se da la producción «real» de normas jurídicas⁴⁹.

⁴⁷ *LF/II*, p. 112.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 113.

⁴⁹ No obstante, Pattaro ha intentado «reconstruir» el papel de la validez (*validità*) en la teoría olivecroniana. En esta teoría—dice el profesor italiano—, una ley es válida si es eficaz gracias a su validez formal (PATTARO, E., *Elementos...*, p. 202; «Riflessioni su Olivecrona», p. 755). No obstante, por lo dicho arriba, preferimos no emplear este término. Hierro y Castignone tampoco hablan de validez (HIERRO, L. L., *El realismo jurídico escandinavo*, op. cit., p. 283; CASTIGNONE, S., *La macchina del diritto*, op. cit., pp. 166-168).

2. La producción ordinaria de leyes

En la ley—en la norma jurídica en general⁵⁰—no existe una relación directa entre el emisor y el destinatario. Por ello, la sujeción directa es imposible. Para garantizar su eficacia se requiere de una técnica distinta a la del mandato. A estos efectos, la *forma* que reviste la producción legislativa es esencial, y funciona como signo imperativo⁵¹.

Teniendo en mente el sistema legislativo de su país, Olivecrona distingue tres fases en el proceso legislativo: la redacción del proyecto de ley, la decisión de transformar el proyecto en ley y los actos a través de los cuales se realiza esta transformación. En lo relativo a la formación del proyecto, Olivecrona explica cómo éste es elaborado en una primera instancia por una comisión legislativa integrada por juristas, los cuales pueden determinar libremente el contenido del proyecto—de no ser que el Ministerio de Justicia haya fijado las bases—. A veces, un miembro de la Dieta presenta una propuesta de ley. Si bien es difícil que tales intentos tengan éxito, las modificaciones intro-

⁵⁰ En lo que se refiere a la producción ordinaria de normas jurídicas, Olivecrona centra su atención en el proceso legislativo. Por eso, ahora se hablará de «ley», y no de «norma jurídica». Debido a que la legislación a nivel parlamentario—afirma el profesor de Lund—ocupa un lugar muy destacado en nuestra sociedad, parece adecuado estudiar prioritariamente esta manera de establecer normas jurídicas (*LF/II*, p. 86). Más adelante se hará referencia a otras fuentes y técnicas de producción de normas jurídicas.

⁵¹ Acerca de la esencialidad de la forma en la legislación: *LF/I*, p. 60; *GS*, p. 70; *LF/II*, pp. 68, 92. Sobre su carácter de signo imperativo, «The Imperative Element in the Law», *op. cit.*, p. 806.

ducidas por los miembros de la Dieta son a menudo incluidas en la ley definitiva⁵².

En la decisión de transformar el proyecto en ley intervienen muchas personas. A pesar de que cada cual elige la postura que adoptará en relación con el proyecto, en opinión de Olivecrona sus decisiones están lejos de ser libres. En una monarquía constitucional, el rey—salvo casos críticos—no toma posición en relación con el proyecto, y se limita a estampar su firma. Los miembros de la Dieta, si el caso no tiene relevancia política, se dejan guiar por las recomendaciones de la comisión. Y si tiene relevancia política, entonces normalmente actuarán siguiendo las indicaciones del partido. Las decisiones más importantes son tomadas fuera de la Dieta, en los círculos internos de los propios partidos. Los órganos subordinados del gobierno, encargados de la mayor parte del trabajo, también tienen gran peso en las decisiones. Y no hay reglas para saber en qué medida influyen los distintos grupos⁵³.

Por último, el procedimiento por el que se transforma el proyecto en ley está estrictamente previsto en las normas constitucionales. Muy resumidamente, consta de la convocatoria de la Dieta, deliberación, intervenciones, votación y promulgación⁵⁴.

⁵² *LF/II*, pp. 87-88.

⁵³ *Ibid.*, pp. 88-89.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 89.

3. El efecto de los actos legislativos

En el orden de los puros acontecimientos, lo único que sucede en la conversión de un proyecto en ley es que el término «proyecto» es sustituido por el término «ley». El efecto está en que la palabra ley es una palabra solemne que inspira respeto. Los funcionarios competentes inmediatamente aplican el texto transformado en ley. Y los ciudadanos también le prestan su adhesión acomodando su conducta en el sentido prescrito en ella⁵⁵.

La fuente de este respeto está en la *constitución*. Ella confiere al Rey y a la Dieta el derecho de hacer leyes, y estatuye una serie de formalidades que deben observarse en su producción. En palabras del profesor de Lund,

«el respeto hacia estas normas es tan universal y poderoso que un texto promulgado como ley, tras el debido proceso, es automáticamente aceptado por todo el mundo como ley; y esto implica la idea de deber cumplir sus prescripciones»⁵⁶.

Esto no significa, como podría objetarse, que sea necesario un conocimiento preciso de la constitución por los llamados a obedecerla. La idea general de que el Rey y la Dieta tienen el poder de dictar leyes es suficiente a estos efectos. Tampoco es necesario que estas personas tengan la posibilidad de examinar el efectivo proceso por el que tal o cual ley ha sido aprobada, porque se cuenta con que existen bastantes controles que permiten su fiscalización. V. gr., la intervención de ciertos funcio-

⁵⁵ *Ibid.*, p. 89.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 90. De la constitución se trata en el siguiente subepígrafe.

narios públicos y la publicación en el diario oficial, incluso en prensa y radio⁵⁷.

Como vemos, las formalidades ocupan un lugar destacado en el análisis olivecroniano de la ley. La relevancia de éstas, no obstante, es meramente psicológica, y no se considera la cuestión de la racionalidad de la ley. No se habla de fines objetivos, y los fines subjetivos, precisamente por subjetivos, son tenidos en cuenta sólo para resaltar su irrelevancia. El panorama que el profesor de Lund nos presenta se asemeja al de un gran mecano, donde el movimiento de unas piezas se comunica a otras piezas mediante una sucesión de causas y efectos. El aparato legislativo, tal y como lo ve Olivecrona, es auténticamente y en sentido estricto un aparato.

Las personas que intervienen en el proceso legislativo lo hacen siguiendo distintos motivos—o fines subjetivos, como los acabamos de denominar—, que van desde la convicción de que determinada regulación será buena para el país hasta la pura rutina. Pero estos motivos carecen de importancia para la eficacia de las leyes. Es posible, incluso, que los participantes en el proceso no sepan nada del contenido de las leyes que votan. Salvo en materias políticamente relevantes, en general—opina el profesor de Lund—son sólo unos pocos los que están familiarizados con el proyecto. Lo que importa no es la voluntad del legislador, sino la correcta ejecución de las formalidades previstas. El papel que desempeñan las personas que toman parte en el proceso legislativo es muy variable, y puede ser decisivo o nulo.

⁵⁷ *Ibidem.*

Es posible, por último, que determinados grupos de presión tengan más influencia que los propios legisladores⁵⁸.

Lo que, en definitiva, caracteriza al legislador es su posición principal en el mecanismo que permite influir en la conducta de la gente. Para explicarlo, Olivecrona pone el ejemplo de la central hidroeléctrica, que se asemeja a la maquinaria legislativa. El profesor de Lund compara el río con la actitud de respeto hacia la constitución, cuya corriente es transformada en la central en corriente eléctrica. Las leyes son líneas de corriente eléctrica, y una nueva ley equivale a la creación de una nueva línea. La lucha política—afirma—no es más que la «lucha por las posiciones clave desde las cuales se acciona el cuadro de mandos»⁵⁹. Aquellos que alcanzan tales posiciones son influidos por gran cantidad de factores diversos cuando hacen uso de este poder. Las leyes no son declaraciones de su voluntad, sino el resultado de un complejo de ideas acerca de las novedades a introducir, la oposición a esas ideas, la persuasión, la propaganda, las iniciativas públicas y privadas, las discusiones y los compromisos⁶⁰.

En el proceso de producción legislativa, el acto de la promulgación tiene una singular relevancia. Olivecrona señala que «promulgatio» significa en realidad publicación. En los tiempos de la república romana eran los magistrados quienes tenían la iniciativa legislativa. Su propuesta era sometida a la asamblea

⁵⁸ *Ibid.*, pp. 92-93.

⁵⁹ El ejemplo, esquemáticamente comentado en la p. 93 (*ibid.*), está desarrollado en *LF/I*, pp. 57-58; *GS*, pp. 67-68.

⁶⁰ *LF/II*, p. 93.

del Pueblo. El acto de publicar la propuesta antes de la reunión de la asamblea se decía «*legem promulgare*». Si se aprobaba la ley, el resultado era proclamado a través de una «*renuntiatio*» por medio de un nuncio (*herald*), y desde ese momento entraba en vigor. Si bien no se necesitaba otra publicación, era usual inscribir la ley en tablas de madera o en placas de cobre⁶¹.

Esto cambió en la terminología moderna, y en el contexto de la teoría de la voluntad, promulgación vino a ser sinónimo de publicación de la voluntad del soberano. Así, en Inglaterra, el rey acudía a la Cámara de los Lores y prestaba su consentimiento a la ley por medio de la fórmula «*Le Roy (la Reyne) le veult*». Mediante esta declaración, el proyecto se transformaba en ley. Hoy ésta y otras fórmulas tradicionales han perdido su significado, y la promulgación ha venido a ser algo rutinario. Sin embargo, constituye un acto formal de gran importancia, ya que marca el fin del proceso legislativo, y a través de él se vincula la palabra «ley» a un texto⁶².

4. La constitución

Una constitución es una clase de ley. Como tal, es posible que haya sido establecida de acuerdo con lo dispuesto en una constitución anterior. Sin embargo, siempre hay un momento—señala Olivecrona—en que este regreso no puede seguir realizándose. Llega un punto en que determinada constitución ha sido establecida de modo ilegal, o al menos extralegal.

⁶¹ *Ibid.*, pp. 93-94.

⁶² *Ibid.*, pp. 94-96.

Una explicación «final»—en sentido cronológico—resulta problemática. Si bien Olivecrona se remonta hasta una situación de violencia—revolución o guerra—como origen de las constituciones, él mismo reconoce que esto no significa que sea ésta la fuente última del Derecho en su conjunto. Aclara que una revolución se da cuando el Derecho está ya en vigor. Es, precisamente, un medio de *modificar* el Derecho—aunque parcialmente, pues la mayor parte permanece inalterada—. Por lo tanto, una revolución no es más que un paso más en la evolución del Derecho. Llegar al origen último de éste no es posible. Las sociedades más primitivas tenían su propio sistema de Derecho—a menudo notablemente complejo—. La historiografía comienza a partir de un momento en que cierto sistema de Derecho venía ya siendo aplicado desde hacía largo tiempo⁶³.

Son dos las definiciones de constitución que pueden encontrarse en los textos de Olivecrona. La primera se refiere a la constitución típica de una sociedad moderna. Dice así:

«Una moderna constitución escrita es una ley que contiene las reglas acerca de la organización del Gobierno, la composición de una Asamblea de Representantes, el modo de elección de sus miembros, los poderes de la Asamblea y del Gobierno, etc.»⁶⁴.

⁶³ *LF/I*, pp. 72-74; *GS*, pp. 84-86.

⁶⁴ *LF/II*, p. 96. Los ejemplos más antiguos de este tipo de constitución, dice Olivecrona, son la estadounidense de 1787 y la sueca de 1809. Precedentes más remotos son la constitución de Oliver Cromwell de 1653 y una constitución sueca de 1634. En otro lugar propone otra definición parecida: «una constitución consiste en reglas que tratan indirectamente sobre el empleo de la coacción, determinando cómo se ha de proceder para el establecimiento de

Sin embargo, no siempre han existido constituciones de esta clase. Más bien constituyen un fenómeno reciente, pues suponen una comunidad altamente desarrollada. No obstante, es posible remontarse a lo largo de la historia y encontrar constituciones menos elaboradas. En realidad—explica el profesor de Lund—, constituciones escritas solamente ha habido a partir del siglo XIX, bajo el influjo de las ideas de la doctrina del Derecho natural del siglo XVIII. Aunque desconocemos su origen, encontramos ya constituciones en Grecia y en Roma⁶⁵.

Por lo tanto, necesitamos una definición más elemental. La segunda definición dice así:

«Una constitución en funcionamiento supone que algunos hombres tienen poder sobre otros, que hay normas que delimitan sus poderes, y que hay un modo de sucesión establecido en las posiciones de poder»⁶⁶.

Parece, pues, que lo que caracteriza esencialmente una constitución es la regulación del poder. Cuando éste es considerado legítimo, el proceso legislativo funciona con fluidez, y las sucesivas leyes son incluidas automáticamente en el conjunto formado por «el Derecho en vigor». Sin embargo, el proceso por

nuevas reglas civiles y penales. En la medida en que la constitución regula el mando militar y policial, se ocupa directamente del empleo de la coacción» (LF/I, pp. 135-136; GS, p. 133).

⁶⁵ LF/II, p. 97.

⁶⁶ *Ibidem*.

el que se ha llegado a este resultado ha sido largo, y en él ha influido un factor de extraordinaria importancia: la religión⁶⁷.

5. Constitución y religión

El profesor de Lund afirma que existen indicios racionales para pensar que, originalmente, las constituciones estaban íntimamente ligadas con el fenómeno religioso. La religión confería naturalidad y regularidad a la obediencia a las normas. Derecho y moral, antiguamente, no constituían esferas separadas, sino que formaban una misma cosa. El respeto general hacia las normas jurídicas venía dado por la reverencia que se rendía a los poderes sobrehumanos y el temor que éstos inspiraban. Siguiendo la doctrina asentada por Hägerström, opina Olivecrona que la constitución de la República Romana se asentaba sobre creencias mágico-religiosas⁶⁸.

Los romanos—escribe Olivecrona—, rodeados de enemigos, tenían en mucho el amparo que los dioses podían ofrecer. Para fundar la ciudad de Roma, Júpiter apoderó a Rómulo y le confió su reinado. La voluntad de este dios era revelada a través de los auspicios. Éstos estaban constituidos por ciertos acontecimientos tales como el vuelo de pájaros, los relámpagos o el rayo. Los auspicios debían ser consultados en determinados casos, como antes de la elección de un magistrado, antes de la asamblea del Pueblo y antes de partir a la guerra. Por último, el poder de consultarlos era conferido a ciertos magistrados en una

⁶⁷ *Ibid.*, pp. 97-98.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 98.

asamblea que se celebraba bajo los auspicios del anterior magistrado⁶⁹.

Por lo que se refiere a la legislación, Olivecrona explica cómo ésta era aprobada por la asamblea del Pueblo sobre la propuesta de un magistrado, siempre y cuando se dieran los auspicios favorables. El día elegido, por otra parte, debía ser hábil en términos religiosos. Si los augures decían que los auspicios no habían sido favorables, la ley era considerada inválida, y el Senado debía emitir un decreto en el que se decía que el pueblo no estaba obligado a observar la ley (*populum ea lege non videri teneri*)⁷⁰.

El profesor de Lund concede gran importancia a estos y otros ejemplos del Derecho romano porque, según él, cuando las fuentes escritas empezaron a ser numerosas, este tipo de creencias era común, y ello nos permite disponer de muchos materiales para su estudio⁷¹.

De las antiguas creencias precristianas de los países europeos, sin embargo, no se tienen muchas referencias. Olivecrona considera, sin embargo, que existen los indicios suficientes para suponer que las formas jurídicas en estas sociedades también se conectaban con creencias mágico-religiosas⁷².

En cualquier caso, la constitución arcaica se funda en sociedades en las que existe un cierto número de normas de Dere-

⁶⁹ *Ibid.*, pp. 99-100.

⁷⁰ *LF/II*, pp. 98-101.

⁷¹ *Ibid.*, p. 103.

⁷² *Ibidem*.

cho civil firmemente establecidas—propiedad, matrimonio—, así como una serie de normas de Derecho penal donde se fijan determinadas sanciones contra los malhechores. Todas estas normas están interconectadas con la religión en sentido amplio. Religión y Derecho—insiste el profesor de Lund—se han desarrollado juntas desde sus comienzos más allá del horizonte de la historia. Pero esto es lo máximo que podemos saber sobre el origen último de las constituciones. Desde un punto de vista historiográfico, todos los momentos del fenómeno jurídico son registrados como modificaciones—pacíficas o violentas—de un régimen precedente⁷³.

La institución del proceso legislativo como un «fenómeno regular»—entiéndase como puramente formal—supuso un notable avance. Este proceso es definido por Olivecrona como un «artificio para introducir normas nuevas, de forma pacífica y psicológicamente eficaz, en un sistema dado»⁷⁴. Originalmente, como se ha dicho, el Derecho era obedecido porque estaba vinculado con una dimensión religiosa, por su propia naturaleza subjetiva. Con el tiempo, sin embargo, esta dimensión se fue disipando, y lo único que quedó fue la forma, al margen del contenido. Empero, debido a los hábitos adquiridos en un primer momento, la obediencia seguía produciéndose cuando las mismas formalidades tenían lugar. Otros factores se encargaron de apuntalar esta actitud de respeto. En palabras de Olivecrona,

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 104.

«el respeto por el Derecho puede sobrevivir a las causas que, originalmente, lo produjeron. Otras causas entran en juego y mantienen el respeto»⁷⁵.

En el último capítulo nos ocuparemos de esas otras causas que modernamente han venido a ocupar el lugar de la religión y la magia. Son, fundamentalmente, el temor a las sanciones, la educación, la propaganda y la moral.

VI. OTROS MODOS DE PRODUCCIÓN DE NORMAS

A pesar de que en la actualidad la legislación es el medio principal a través del que se producen y derogan las normas jurídicas, no es el único. Existen normas que no se producen mediante un procedimiento formal, y no por ello dejan de ser jurídicas. Son también fuentes de normas jurídicas la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina⁷⁶.

1. La costumbre

Desde un punto de vista externo, Olivecrona define la costumbre como «cierta manera de obrar regularmente observada dentro de una comunidad»⁷⁷. Hoy, la costumbre no tiene tanta importancia como en la sociedad primitiva, donde desempeñaba un papel muy notable. Si alguien quería casarse, por ejemplo, tenía que cumplir con una serie de formalidades inevitables, como el intercambio de regalos, con el fin de obtener el consentimiento de

⁷⁵ *LF/I*, p. 59; *GS*, p. 69.

⁷⁶ *LF/II*, p. 105. El tratamiento que hace Olivecrona de ellas no es demasiado profundo quizás por la importancia que atribuye a la legislación.

⁷⁷ *Ibidem*.

la futura esposa. La ceremonia matrimonial, a su vez, tenía que celebrarse de forma ritual. Asimismo, si un miembro de la familia era asesinado, la venganza consistía en matar a un miembro de la familia del agresor. Sin necesidad de ir tan lejos, los pastos comunales tienen también su origen en el Derecho consuetudinario⁷⁸.

Desde un punto de vista *interno*, para todo aquél que crece en determinada comunidad, la costumbre decreta *lo que se debe hacer* en ciertos casos. Olivecrona, con esta perspectiva, define la costumbre como «una norma de comportamiento que sse considera vinculante y con legitimación para exigir a los demás que la cumplan»⁷⁹.

Antiguamente, las costumbres estaban asociadas a ciertas creencias primitivas que tenían que ver con la manipulación de fuerzas ocultas. V. gr., el espíritu del muerto perseguirá a sus descendientes si no es vengado; la ceremonia matrimonial tiene el fin de proveer de fertilidad; la tierra está mágicamente protegida frente a intrusos, etc.⁸⁰. Tras la aparición del Estado moderno, el papel de la costumbre fue menguando progresivamente hasta hacerse casi inapreciable. Con la institución de la fuerza organizada, figuras como la venganza privada comienzan a desaparecer, y el asesino o el intruso pasan a ser castigados por las autoridades. La ley es aplicada con preferencia por los jueces, y cada vez se le hace cubrir un ámbito mayor⁸¹.

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 106.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ *Ibidem*.

No debemos pensar, sin embargo, que la costumbre carezca de todo papel en la práctica jurídica. A pesar de los intentos de Justiniano o de Napoleón de reducir el Derecho a una sola fuente o código, la realidad desborda todos los códigos, y siempre permanecen las lagunas. Apenas se sostiene hoy la tesis de la plenitud del ordenamiento jurídico. Para el profesor de Lund, además del Derecho formalmente producido, siempre ha habido otro Derecho no producido por vías formales, como es el Derecho consuetudinario⁸².

Esto ha supuesto no pocos problemas para los defensores de la teoría imperativista. En efecto, resulta difícil sostener que el Derecho consista en las órdenes del soberano cuando existe el Derecho consuetudinario, el cual excluye estructuralmente una intención deliberada. Una visión realista, sin embargo, nos permite advertir que la formación del Derecho consuetudinario no presenta mayores problemas que los que ocasiona el Derecho legislado. Según Olivecrona,

«en ambos casos, lo que tiene lugar es la introducción de nuevos imperativos en un sistema de imperativos que es considerado como vinculante y que tiene un efecto práctico. En ambos casos no hay más que una cadena de causa y efecto en un nivel psicológico»⁸³.

Actualmente, la costumbre puede tener relevancia en la medida en que los tribunales la consideren en sus sentencias, lo que no suele ser habitual. Esto contribuye al desarrollo de la

⁸² *LF/I*, p. 61; *GS*, pp. 71-72.

⁸³ *LF/I*, p. 62; *GS*, p. 72. Olivecrona, sin embargo, no explica cómo se produzca esta introducción ni qué determina el efecto práctico de la costumbre.

jurisprudencia, que se utiliza mucho más para colmar las lagunas⁸⁴.

⁸⁴ *LF/II*, p. 107. Considera Pattaro que las posiciones de Olivecrona y de Bobbio son similares. En su opinión, «ambos buscan un “legislador de la costumbre”, y ambos lo encuentran en el juez, que “puede” producir normas jurídicas y por la condición jurídico-formal en que actúa, no por su propia fuerza o su poder personal» (PATTARO, E., *Elementos para una Teoría del Derecho*, op. cit., p. 212). También menciona que Kelsen necesita señalar la existencia de una autorización para que los tribunales apliquen el Derecho consuetudinario, autorización que tiene que ser presupuesta, como la obligatoriedad de la constitución (*ibid.*, p. 211). Así se puede decir que si en la tesis de Kelsen, las costumbres son jurídicas y válidas antes de ser aplicadas, en la de Bobbio—y no está claro si en la de Olivecrona—son jurídicas y válidas en la medida en que son aplicadas (*ibid.*, p. 210 en relación con la p. 212). El profesor italiano considera que Olivecrona «no analiza la costumbre propiamente dicha, sino un tipo peculiar de Derecho estatuido, como es el estatuido precisamente por los jueces en los países del *common law*» (*ibid.*, p. 212). Esto es verdad tanto en la primera edición de *Law as fact*, como en *Gesetz und Staat*, pero no es exactamente así en la segunda edición de *Law as fact*, donde nos hemos basado para realizar la presente exposición. En esta edición se hace referencia a la costumbre como hábito social, que puede ser o no ser recogida por los jueces, sin que su existencia dependa de ello. Podemos señalar el siguiente pasaje para sostener esta afirmación. Escribe Olivecrona: «En vez de buscar normas consuetudinarias que se supone que existen dentro de la comunidad pero que son difíciles de determinar, los tribunales se inclinan más, en casos parecidos, a imitar decisiones anteriores. Los precedentes se interponen entre las normas consuetudinarias y el ejercicio judicial» (*LF/II*, p. 106). En este pasaje puede verse cómo Olivecrona distingue entre el Derecho consuetudinario, que «se supone que existe dentro de la comunidad», y los precedentes judiciales, que son más fáciles de determinar. Por último, conviene señalar que Ollero ha tenido palabras críticas en relación con el modo en que Olivecrona trata de la costumbre. A su juicio, el trata-

2. La jurisprudencia

«Los tribunales están naturalmente inclinados a ser constantes en sus decisiones»⁸⁵. Salvo que existan razones de peso, deciden en el mismo sentido en que resolvieron anteriormente. En el ordenamiento jurídico, como acabamos de decir, se producen lagunas. Cuando ello sucede, bien porque falte una disposición expresa para un caso concreto, bien porque existan disposiciones diversas todas ellas aplicables *prima facie* a dicho caso, los jueces llevan a cabo una tarea interpretativa y creativa que, en opinión de Olivecrona, hace que sus resoluciones sirvan de complemento de la ley, y sean observadas como es observada la ley. Pero si esto es así, su actividad es creadora de Derecho. Una laguna que está en la ley, tendrá que ser colmada con algo distinto de la propia ley. El profesor de Lund dice que en estos casos los jueces acuden a ideas de Derecho natural, presuntas costumbres, razones de oportunidad, y otros criterios. La vieja idea de que el Derecho es completo y que de él se puedan deducir cualesquiera decisiones es, para Olivecrona, una «ilusión». El Derecho es deficiente, y las exigencias de la vida práctica determinan que el juez acuda a otras fuentes. Es así, pues, que «los jueces crean Derecho»⁸⁶.

miento del profesor de Lund vuelve a correr un tupido velo sobre qué y porqués. Misteriosamente—comenta Ollero—, unas conexiones psicológicas se convierten en jurídicas y otras no. Además, la cuestión de la distinción entre usos sociales y costumbres ni se menciona (Cfr. OLLERO, A., «Un realismo a medias: el empirismo escandinavo», *op. cit.*, p. 115).

⁸⁵ LF/II, p. 107.

⁸⁶ LF/II, p. 108. Cursiva añadida.

Pensar que el Derecho contiene principios generales conforme a los cuales pueda ser decidido cualquier caso no es realista para Olivecrona. Se ha pretendido decir que los jueces no innovan, sino que interpretan. De un modo misterioso, el Derecho hablaría a través de la boca del juez. Sin embargo—comenta el profesor de Lund—, aunque estas ideas tuvieron una función histórica, hoy son enteramente prescindibles. Es un hecho innegable que el poder conferido a los jueces necesita ir acompañado de cierta capacidad creativa⁸⁷.

Existen diferencias, al menos en la teoría, en la forma como los distintos sistemas de Derecho codificado y de *common law* establecen las relaciones entre Derecho promulgado y jurisprudencia. Mientras que en los primeros, lo fundamental es el Derecho promulgado, que es complementado por la jurisprudencia, en los segundos es el Derecho promulgado el que complementa a la jurisprudencia. No obstante, en la práctica, las diferencias son menores, y tanto legislación como precedentes tienen gran peso en ambos sistemas⁸⁸.

3. La doctrina

Históricamente ha habido dos formas de entender la «ciencia jurídica». Geográficamente, en Inglaterra, la ciencia jurídica venía a ser una ciencia *sobre* el Derecho, mientras que en Alemania y Escandinavia, era más bien la ciencia *del* Derecho, y se dirigía a establecer el verdadero contenido de las normas. Si bien la ciencia jurídica o doctrina aquí no asumía el papel de

⁸⁷ *Ibidem.*

⁸⁸ *Ibidem.*

legisladora, el efecto de sus escritos sí era el de establecer nuevas normas. En esta manera de entender la ciencia jurídica, ésta no se limita a la descripción del Derecho, sino que, como la jurisprudencia, trata de cubrir lagunas. Si los jueces quedan convencidos, las reglas jurisprudenciales de origen doctrinal quedan tan firmemente establecidas como las normas legales. Ésta es la razón—escribe—por la que algunos autores sitúan entre las fuentes a la doctrina⁸⁹.

VII. LA RELACIÓN ENTRE VALIDEZ Y EFICACIA

Por las razones expuestas arriba⁹⁰, aquí se ha evitado hablar de validez. Recordemos que Olivecrona la considera como sinónimo de obligatoriedad. Ello no significa que haya autores que la entiendan de otra manera e interpreten el pensamiento del profesor de Lund de acuerdo con ella. Lógicamente, los resultados dependerán de cómo se entienda en cada caso dicha validez. Se ha distinguido dos maneras de hablar de validez, ya sea en el sentido de pertenencia formal de la norma individual a determinado ordenamiento, ya en el de idoneidad u oportunidad axioló-

⁸⁹ *LF/I*, p. 64. Sobre lo que Olivecrona piensa acerca de lo que debe ser la ciencia jurídica, *vid.* cap. II, ep. II de este mismo trabajo. Por lo que respecta al carácter de fuente de la doctrina, se puede coincidir en lo afirmado por Olivecrona, siempre que se añada que se trata de una fuente «dependiente», «pues sólo opera como elemento auxiliar de la decisión jurídica al orientarla tanto en el plano legislativo como en el judicial» (*Cfr.* ARA PINILLA, I., *Teoría del Derecho*, Madrid, Taller Ediciones JB, 1996, p. 284).

⁹⁰ *Vid. supra* ep. V.1.

gica de la norma fundamental o del conjunto del sistema jurídico⁹¹.

Algunos llegan a la conclusión de que en el pensamiento de Olivecrona la validez queda reducida a la eficacia; lo cual no deja de ser cierto si tenemos en cuenta que la idoneidad axiológica se evalúa mediante un juicio, que, como sabemos, no puede tener carácter objetivo para Olivecrona. «El grave peligro de una teoría de la norma jurídica—se dice—es reducir sus análisis a esta perspectiva fenomenológica y tomar como elementos integrantes del *ser-en-sí* de la norma uno de éstos que se han constatado empíriológicamente, elevándolo a base o esencial [sic] de la misma»⁹².

Desde este punto de vista, se critica que Olivecrona estudie solamente los motivos inmediatos que hacen efectivo el Derecho—miedo, fuerza, oportunidad—, «olvidando las razones últimas capaces de explicar suficientemente todo el proceso de la validez del Derecho»⁹³, lo que resulta notablemente empobrecedor, pues «sólo explica el momento sociológico del complejo proceso ideal-real en que consiste la validez del Derecho». «Por esta razón—se dice—, la obra de Olivecrona, a pesar de sus aciertos y de la penetración de algunas de sus tesis al estudiar los fundamentos inmediatos de la efectividad de las normas jurí-

⁹¹ CASTIGNONE, S., *La macchina del diritto*, op. cit., pp.167.

⁹² LÓPEZ CALERA, N. M., *La estructura lógico-real de la norma jurídica*, Madrid, Editora Nacional, Madrid, 1969, p. 28.

⁹³ MONTORO BALLESTEROS, A., «Notas sobre el realismo jurídico escandinavo: Derecho, efectividad e imperativismo jurídicos en Karl Olivecrona», op. cit., p. 99.

dicas, nos presenta una imagen incompleta, mutilada, de las mismas al escamotear toda su significación racional y axiológica, reduciéndolas a puros fenómenos de fuerza»⁹⁴.

Todo esto resulta mucho más matizado si partimos, como hacen otros autores, de un concepto de validez distinto, referido a la idoneidad formal y procedimental de una norma. Desde este punto de vista, basta examinar si una norma particular ha sido establecida siguiendo los procedimientos constitucionalmente establecidos. Así, la relación entre validez y eficacia en Olivecrona es expresada de la siguiente manera: «una ley es una norma jurídica si es eficaz gracias a su validez formal»⁹⁵. Con esto se distingue el realismo de Olivecrona—el realismo escandinavo en general—del iuspositivismo, donde—se dice—«una ley es una norma jurídica si es formalmente válida, aunque no sea eficaz»⁹⁶.

Con base en la anterior distinción, se han integrado dos supuestos no considerados por Olivecrona: *a*) que las normas sean válidas pero no eficaces, y *b*) que las normas sean eficaces pero no válidas. En el primer supuesto, si bien una norma formalmente emanada mantiene en primera instancia su validez, a pesar de que en casos concretos resulte ineficaz, cuando el desuso es permanente, se afirma que queda excluida del sistema jurídico⁹⁷. A su vez, la norma eficaz pero no formalmente emitida—se dice—podría ser incluida dentro de los que Olivecrona llama

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ PATTARO, E., *Elementos para una Teoría del Derecho*, op. cit., p. 203.

⁹⁶ *Ibidem*; análogamente, «Riflessioni», p. 755.

⁹⁷ PATTARO, E., «Riflessioni», pp. 756-757.

métodos informales de producción normativa. Su validez dependería de su aceptación y aplicación por los tribunales⁹⁸.

Lo segundo no plantea problemas, pero lo primero sí. ¿Por qué el desuso tiene que ser permanente? Desde luego, la opinión es razonable, pero esta clase de consideraciones no se pueden hacer con una metodología empirista. Por un lado, Olivecrona no dice en ningún lado que una norma válida pero ineficaz deje de ser por ello jurídica. Pero, por otro lado, sería poco realista afirmar que la *desuetudo* carece de virtualidad extintiva, algo que ni siquiera los medievales sostuvieron. Ahora bien, no se puede suspender la validez de una norma hasta que ésta sea eficaz, pues si es eficaz es precisamente porque es válida, como aclara Pattaro. Por tanto, la determinación del tiempo requerida para apreciar la *desuetudo* no puede ser más que arbitraria—desde una epistemología no cognitivista—o prudencial—en un modelo de pensamiento cognitivista.

VIII. ALGUNAS CRÍTICAS RELATIVAS A LA NATURALEZA DE LAS NORMAS JURÍDICAS

Como vimos, Olivecrona distingue entre imperativos dependientes e imperativos independientes, según exista o no una relación directa entre emisor y receptor. Las normas jurídicas pertenecen a esta segunda clase⁹⁹. Pues bien, esto lo ha criticado Bobbio por dos razones.

En primer lugar—se afirma—, es notablemente empobrecedor reducir el ordenamiento jurídico a un solo tipo de reglas,

⁹⁸ *Ibid.*, pp. 758-762.

⁹⁹ *Vid.* ep. III de este mismo capítulo.

en este caso los imperativos independientes. El ordenamiento jurídico—se dice—es un sistema complejo de reglas de distinto tipo, y no sólo de imperativos impersonales. Como ejemplos se citan—dejando aparte el caso límite del orden impuesto por un rey absoluto o por un déspota—la sentencia de un pretor y la ordenanza de un prefecto¹⁰⁰.

En segundo lugar, aun cuando se considerase que los imperativos independientes son, si no la única clase de imperativos, al menos la prevalente, es difícil que ella no se encuentre en otras esferas normativas distintas de la jurídica. Piénsese, por ejemplo, en los Diez Mandamientos, citados por el propio Olivecrona, o en las normas sociales, donde la impersonalidad es todavía más evidente¹⁰¹.

¹⁰⁰ BOBBIO, N., *Teoria della norma giuridica*, Turín, Giappichelli, 1958, pp. 135-136. En la misma línea, otros autores añaden que, además de no ser compartida con carácter general por los teóricos del Derecho, la opinión de Olivecrona tampoco está de acuerdo con el uso práctico del término «Derecho», cuyo significado incluye también normas individuales como las decisiones judiciales o los actos administrativos. Si según la teoría olivecroniana estas normas individuales han de ser consideradas como órdenes, y el Derecho es un conjunto de normas jurídicas (imperativos independientes), esta teoría—se dice—no da cuenta de todo el Derecho, sino sólo de una parte (TAMMELO, Ilmar, «Contemporary Developments of the Imperative Theory of Law: a Survey and Appraisal», en *ARSP*, 1963, p. 261).

¹⁰¹ BOBBIO, N., *Teoria della norma giuridica*, *op. cit.*, pp. 135-136. Ambas objeciones han sido sostenidas también entre nosotros (MONTORO, A., «Notas sobre el realismo jurídico escandinavo...», *op. cit.*, pp. 101-102, que sigue a Bobbio en este punto).

Pattaro ha salido en defensa de Olivecrona, y frente a la primera objeción ha replicado con razón que éste no pretende ofrecer una definición formal, basada en la estructura lógica, del imperativo, sino una definición «funcional», basada en el mecanismo psicológico conforme al que opera¹⁰². Desde este punto de vista, la sentencia de un pretor o el acto administrativo de un prefecto son también imperativos *independientes*, pues la sugestión que ejercen en los destinatarios no depende de la relación personal entre ellos y el destinatario de dichos actos, sino más bien del mismo mecanismo psicológico que hace posible la eficacia del resto de los imperativos independientes. Es decir, la operatividad de estos actos se da también al margen del ascendiente personal que ejerza el sujeto del que emanan: «las sentencias, los actos administrativos del prefecto, y las otras normas personales de un ordenamiento, a despecho de su estructura lógica, no son menos imperativos independientes (impersonales) que las “verdaderas” normas, impersonales y abstractas, porque es el mismo mecanismo, la inserción en un preexistente sistema de circunstancias, la que garantiza la operatividad tanto de las unas como de las otras»¹⁰³.

Entre las circunstancias psicológicas que determinan la obediencia al Derecho, la adhesión a la constitución ocupa un lugar principal. Ello equivale a decir que la operatividad de una

¹⁰² PATTARO, E, «Riflessioni su Olivecrona», *op. cit.*, p. 750. Asimismo, en «Olivecrona's Theory of Imperatives», *op. cit.*, p. 232, y en *Elementos para una teoría del Derecho*, *op. cit.*, pp. 196-197.

¹⁰³ PATTARO, E., «Riflessioni...», p. 751. En el mismo sentido, en «Olivecrona's Theory of Imperatives», p. 232.

sentencia o de un acto administrativo depende en gran medida de que éstos hayan sido dictados por un juez o funcionario competente, nombrado según el procedimiento previsto o amparado por la constitución. Cómo sean sus características personales importa poco. A los destinatarios de estos actos les basta con saber que han sido emitidos con todas las formalidades jurídico-constitucionales.

Respecto a la segunda objeción, según la cual no es posible distinguir las normas jurídicas de otra clase de normas en cuanto imperativos independientes, cabe recordar que lo que caracteriza las normas jurídicas frente a otra clase de normas, como las morales o las sociales, es, según se dijo arriba, su relación con la fuerza organizada, que articulan directamente¹⁰⁴. No parece, pues, que la objeción sea relevante.

Antes de terminar, añadimos una última opinión, según la cual Olivecrona no consigue dar cuenta del fenómeno de las normas permisivas. Según esta opinión, el profesor de Lund conecta esta figura con el derecho subjetivo, al cual, sin embargo, otorga un carácter imperativo¹⁰⁵. No nos parece desafortunada esta conexión, pues el concepto de derecho subjetivo implica correlativamente el concepto de deuda jurídica o, más precisamente, de deber jurídico. Tener un derecho equivale, desde este punto de vista, al deber de los demás de no interferir en mi ejercicio del mencionado derecho, y si han interferido, en restituirme a mi posición original.

¹⁰⁴ *Vid.* ep. IV de este mismo capítulo. Sobre la relación entre Derecho y fuerza, *vid.* cap. VII.

¹⁰⁵ TAMMELO, I., «Contemporary Developments...», *op. cit.*, pp. 261-262

También se dice que, frente a Olivecrona¹⁰⁶, no es absurdo «transcribir mandatos en modo indicativo. El mandato del policía “¡alto!”, dirigido al ladrón que huye, puede ser, sin ningún absurdo intelectual, expresado como “tienes el deber de detenerte”, si bien la forma imperativa del enunciado sería más oportuna en estas circunstancias»¹⁰⁷. Pattaro sostiene, sin embargo, creemos que con razón, la opinión de Olivecrona, y aclara que éste no niega que sea posible tal transformación. Simplemente dice que es más idóneo, desde el punto de vista de la eficacia del mandato, usar el modo imperativo¹⁰⁸.

¹⁰⁶ V. gr., *LF/I*, pp. 32-33.

¹⁰⁷ TAMMELO, I., «Contemporary...», p. 261.

¹⁰⁸ PATTARO, E., *Elementos...*, *op. cit.*, p. 198.

CAPÍTULO SÉPTIMO

FUERZA OBLIGATORIA Y ESENCIA DEL DERECHO

Olivecrona comienza la primera edición de *Law as fact* declarando que el problema de la obligatoriedad del Derecho es un problema principal. Hasta el punto de que es de ahí de donde parte para realizar su investigación. Escribe:

«La definición más general de Derecho parece ser la de que el Derecho es un conjunto de normas *obligatorias* [*binding*] para los miembros de una comunidad. A pesar de su vaguedad, podemos tomar esta definición como el punto de partida para nuestra investigación en la verdadera naturaleza del Derecho»¹.

Sin embargo, en la segunda versión de *Law as fact*, las alusiones a esta cuestión son fragmentarias y algo dispersas, debido a que Olivecrona asimila el problema de la obligatoriedad al

¹ *LF/I*, p. 9. En *GS*, p. 9 se da esta redacción: «El ordenamiento jurídico es visto en general como un sistema de normas que son *obligatorias* [*bindend*] o *válidas* [*geltend*] para los miembros de una comunidad, en el sentido de que encierran un “deber” [*Sollen*]». La investigación a que se refiere se halla en *LF/I*, pp. 9-27, y *GS*, pp. 9-16. Sobre la traducción de los términos obligatorio y vinculante, *vid. infra* nota 3.

problema de la validez, y no lo considera como susceptible de ser tratado científicamente².

Pensamos, no obstante, que conviene introducir una distinción entre obligatoriedad y vinculatoriedad para evitar equívocos. Olivecrona niega que tenga sentido hablar de la obligatoriedad de las normas jurídicas, y en la primera edición de *Law as fact* se dedica a refutar distintos intentos de fundamentarla racionalmente. Pero no niega que tales normas produzcan una sensación de sujeción como consecuencia de una serie de hábitos y condicionamientos psicológicos, lo cual sí puede ser objeto de análisis científico. La obligatoriedad es así un fenómeno subjetivo, que existe realmente en tanto que subjetivo, pero sin que pueda hablarse de una obligatoriedad objetiva, que debería verificarse en las normas mismas. Con el fin de evitar confusiones, en este trabajo vamos a hablar de «fuerza vinculante» para referirnos a la sensación (real) de sujeción y de obligatoriedad para referirnos a una presunta cualidad objetiva (irreal) de las normas jurídicas³.

² Vid. cap. VI, ep. V.1.

³ Debe admitirse que no hay una base clara en la obra de Olivecrona para realizar esta distinción, como se ve en la primera cita de este capítulo, donde se dice «binding», y no «obligatory». Insistimos, no obstante, en la conveniencia de introducir esta precisión. Por ello se ha traducido «binding» por «obligatorias»—en plural porque se refiere a «normas»—, y no por «vinculantes». No obstante, en la segunda edición de *Law as fact* sí se emplea el término «obligatory» (obligatorio); en este caso como equivalente de «válido», para hacer referencia a una cualidad irreal, no susceptible de examen científico (LF/II, p. 112).

Sobre la base de esta distinción comenzaremos exponiendo la refutación que el profesor de Lund hace de las distintas teorías con las que se ha intentado explicar la obligatoriedad de las normas jurídicas. Después se verá la explicación psicológica que ofrece Olivecrona sobre la adhesión o vinculación que normalmente suscitan ellas. Como ésta depende de la presencia activa del fenómeno de la fuerza organizada, pasaremos por último, a ocuparnos de dicha fuerza. Veremos, pues, que para el profesor de Lund, el Derecho es esencialmente fuerza organizada.

I. DIVERSOS INTENTOS FALLIDOS DE EXPLICAR LA FUERZA OBLIGATORIA DEL DERECHO

En general, las teorías sobre el Derecho dan por supuesta su fuerza obligatoria. El profesor sueco considera que esto obedece a un prejuicio, y se propone realizar una investigación abierta a cualquier posibilidad. Consciente de la extrañeza que en 1939 pudiera causar cualquier duda sobre la obligatoriedad del Derecho, se ve obligado a aclarar que tras su pretensión no debe verse ninguna idea anarquista ni nada semejante: si la fuerza obligatoria es una realidad—dice—, ésta no quedará afectada por lo que se diga de ella, y el Derecho seguirá siendo obligatorio⁴. Ahora bien, si la obligatoriedad de las normas resulta ser una ilusión, entonces, por mor de la ciencia y de la educación social, habrá que desenmascararla y eliminarla. No se puede poner trabas al desarrollo de la ciencia por la creencia extendida de que el Derecho se mantiene gracias a que es obligatorio. Es preciso

⁴ *LF/I*, pp. 9, 11.

esclarecer la verdad acerca del papel que el Derecho representa en la sociedad⁵.

Se ha intentado explicar la obligatoriedad del Derecho conectándola con las *sanciones* imputadas en determinados supuestos de hecho. En este sentido, se dice, una norma jurídica es obligatoria porque su incumplimiento conlleva la aplicación de una sanción. Ésta puede muy bien ser una pena o una multa, pero también lo pueden ser todo tipo de consecuencias sociales que afecten a la reputación de una persona, a su buen nombre, o a sus posibilidades laborales y a muchas otras⁶.

Esta explicación no es suficiente para el profesor de Lund:

«Si esto fuera—escribe—lo que queremos decir con fuerza obligatoria, también tendríamos que decir que hay una norma obligatoria que prohíbe poner las manos sobre el fuego»⁷.

Es claro que no hay un deber de evitar meter la mano en el fuego. Simplemente nos conviene, o nos interesa, no meter la mano en el fuego. Ocurre, sin embargo, que el Derecho es concebido como obligatorio al margen de nuestros propios intereses o conveniencias⁸.

El concepto de fuerza obligatoria es independiente de la efectividad real de la organización social a la hora de hacer guardar el ordenamiento jurídico y aplicar las sanciones previs-

⁵ *Ibid.*, p. 10.

⁶ *Ibid.*, pp. 11-12.

⁷ *Ibid.*, p. 12.

⁸ *Ibidem.*

tas en él. Hay que reconocer que hasta la más eficiente organización se encuentra ante la imposibilidad de reprimir toda conducta ilícita. Estas imperfecciones no estorban en nada la fuerza obligatoria del Derecho:

«Obviamente—escribe—, no se dice que el Derecho deje de ser obligatorio para una persona porque ésta se encuentre en una posición en la que pueda quebrantarlo con impunidad»⁹.

Tampoco conviene confundir la obligatoriedad de la norma jurídica con el hecho de *sentirse obligado*. Es verdad que una norma jurídica tiene la eficacia de producir en los destinatarios, con carácter general, cierta sensación compulsiva o inhibitoria, que los lleva a regirse de acuerdo con ella¹⁰. Esto es un hecho. Pero tenemos que tener en cuenta—observa Olivecrona—que es un hecho eventual, que unas veces se da y otras no, y sería absurdo decir que la ley obliga solamente a aquéllos que se sienten obligados por ella. Ello equivaldría a decir que las leyes sólo vinculan a los ciudadanos honrados, y no a los malhechores¹¹.

⁹ *Ibid.*, p. 14.

¹⁰ Es a esta eficacia psicológica de la norma jurídica a lo que, por las razones que acabamos de exponer arriba, hemos decidido llamar fuerza vinculante del Derecho, para resaltar la realidad del sentimiento de sujeción que generalmente producen. Nos ocupamos de ello en el siguiente epígrafe.

¹¹ *LF/I*, p. 14; *Der Imperativ des Gesetzes*, p. 32. En el mismo sentido se pronuncia Olivecrona acerca de la teoría del reconocimiento de Jellinek, según la cual la fuerza obligatoria del Derecho se basa en su reconocimiento como obligatorio. Sin embargo, el profesor de Lund afirma que el reconocimiento de algo no lo hace existente. Los hechos que podrían constituir dicho reconocimiento, desde la mera aquiescencia hasta la adhesión ferviente, no

Se ha intentado, asimismo, explicar la fuerza obligatoria del Derecho entendiendo el Derecho como la *predicción* de lo que los jueces probablemente harán. Según esta interpretación—aclara Olivecrona—, la fuerza obligatoria del Derecho significa que tal o cual acción u omisión serán previsiblemente sancionadas. Pero si bien es verdad que este tipo de pronósticos puede hacerse con cierta precisión, aun admitiendo que al ciudadano lo único que le interese sea esto, las normas—afirma el profesor sueco—no pueden ser identificadas conceptualmente con las predicciones de lo que los jueces harán.

El juez decide según las normas, no con arreglo a la predicción de lo que él mismo va a decidir. Si la previsión es posible, ello es precisamente porque hay un patrón al que el juez entiende que está obligado a ajustarse. Es este hecho el que permite que podamos hacer nuestras previsiones. Por lo tanto, la cuestión de la obligatoriedad queda sin explicar¹².

Otra posibilidad que niega es la de que la obligación pueda ser entendida como una *determinación simple e inanalizable* que indica una relación entre determinada acción y determinada situación. Recordemos que se reprochaba a Olivecrona el haber rechazado dogmáticamente esta posibilidad de interpretación. Contestando a esta acusación, Olivecrona se defendía señalando, en primer lugar, la existencia de casos en los que no se da tal relación—como en «se debe decir la verdad»—; y añadiendo, en segundo lugar, que el deber no añade nada a la relación entre

permiten en su opinión deducir ninguna cosa en relación con la fuerza obligatoria del Derecho («Law as fact», p. 544).

¹² «Law as fact», pp. 544-545.

determinada situación y determinada acción tal y como, por ejemplo, está prevista en un código penal¹³.

Por último, hay quien sitúa claramente la fuerza obligatoria fuera del mundo del espacio y del tiempo. El esfuerzo «más persistente y lógico» en esta línea, a juicio de Olivecrona, es el de Kelsen, en su intento de construir una *teoría pura del Derecho*¹⁴. Para Kelsen, la norma jurídica tiene el efecto peculiar de establecer un nexo entre dos hechos—v. gr., crimen y castigo—. Así se dice que un hecho, la sanción, *debe* seguirse de otro hecho, el ilícito. Se trata de un tipo de relación distinta a la que se da en el mundo natural, donde los hechos se conectan causalmente, en sentido mecánico¹⁵.

Sin embargo, Olivecrona no cree que sea tan fácil prescindir de la relación entre causa y efecto. «¿Por qué se juzga al asesino—se pregunta—si no es porque se sospecha que ha asesinado a otra persona?»¹⁶. La sentencia del juez condenando al asesino, en su opinión, está causada por la influencia que ejercen en él tanto los hechos como los contenidos de la ley penal¹⁷. Por ello, no entiende el profesor de Lund cómo Kelsen no muestra el más mínimo interés por el proceso causal, y se pregunta cómo es posible que los legisladores, en sus prosaicas sesiones, sean capaces de establecer relaciones distintas a las de causa y efecto. Esto es algo que Kelsen no puede explicar. Por eso, Olivecrona

¹³ «Zum Begriff des subjektiven Rechts...», pp. 51-52. *Vid.* cap. V, ep. III.

¹⁴ *LF/I*, p. 17

¹⁵ *Ibid.*, pp. 18-19.

¹⁶ *Ibid.*, p. 19.

¹⁷ *Ibid.*, p. 20.

se permite parafrasear irónicamente al profesor de Viena, señalando que ello, en efecto, es «el gran misterio»¹⁸.

II. LA FUERZA OBLIGATORIA COMO VÍNCULO PSICOLÓGICO

No se puede decir que Olivecrona se extienda mucho al considerar las distintas explicaciones sobre la fuerza obligatoria del Derecho. Pero todavía se extiende menos al exponer la suya particular. Lo que hace en primer lugar es constatar que la supuesta obligatoriedad del Derecho no se halla en el mundo de la experiencia. Esto, sin embargo—escribe—, no es una novedad:

«Los juristas y los filósofos son bien conscientes del hecho de que la fuerza obligatoria del Derecho no pertenece al mundo circundante del tiempo y del espacio, el mundo natural»¹⁹.

Pero es «absurdo» buscar la obligatoriedad en otro mundo que no sea el mundo natural. Fuera de este mundo no existe realidad alguna. Por ello hay que desterrar la idea de que la fuerza obligatoria es algo real a pesar de no ser localizable en el mundo de la experiencia. Esto, en su opinión, constituye un claro prejuicio²⁰. Según él, hay «una razón muy simple» por la que el

¹⁸ *Ibid.*, p. 21.

¹⁹ *Ibid.*, p. 15. Hernández Marín asume entre nosotros esta tesis y considera, por consiguiente, que el enunciado «La norma jurídica *N* tiene fuerza obligatoria» es siempre falso, cualquiera que sea esa norma jurídica *N* (HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, op. cit., p. 260, y del mismo autor, «La obligatoriedad del Derecho», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 4 (1987), p. 620.

²⁰ *LF/I*, p. 15.

fenómeno jurídico es inconcebible al margen del mundo natural. Así, escribe:

«Necesariamente, el Derecho debe ser puesto en cierta relación con los fenómenos de este mundo. Pero nada puede ser puesto en ninguna relación en el mundo del tiempo y del espacio sin pertenecer ello mismo al tiempo y al espacio. Por tanto, todo el discurso de un Derecho, que misteriosamente está por encima de los hechos de la vida, es autocontradictorio. No tiene ningún sentido en absoluto»²¹.

Descartada la «idea supersticiosa» de que el Derecho deriva de un dios, toda ley—afirma el profesor de Lund—es, obviamente, una creación humana. Las normas jurídicas son producidas naturalmente por seres de carne y hueso. Y sus efectos, es decir, la presión que ejercen en los miembros de la comunidad, también son naturales²².

El Derecho «es un eslabón en la cadena de causa y efecto», que sólo tiene lugar en el mundo del tiempo y del espacio. No hay que ver una dualidad en el Derecho, no es posible que algo sea natural—la norma jurídica—y supranatural—la fuerza obligatoria—al mismo tiempo; «mantener lo contrario implica una superstición». La fuerza obligatoria del Derecho no existe como tal, *es sólo una idea en la mente humana*:

«Todo intento de mantener científicamente—escribe—que el Derecho es obligatorio en otro sentido que el de ejercer de modo efectivo

²¹ *Ibid.*, p. 16. Recordemos que para afirmar esto, Olivecrona ha tenido que partir de otro prejuicio, el de que sólo existe lo que puede ser conocido por los sentidos. *Vid.* cap. II, ep. VII.

²² *Ibidem.*

una presión en la población, necesariamente conduce a absurdos y contradicciones. Aquí, por lo tanto, está la línea divisoria entre realismo y metafísica, entre método científico y misticismo en la explicación del Derecho. La "fuerza obligatoria" del Derecho es una realidad como una idea en las mentes humanas. No hay nada en el mundo exterior que se corresponda con esta idea»²³.

¿Significa esto que la fuerza obligatoria tiene un contenido ideal, tal como lo tiene, por ejemplo, la palabra centauro, que representa un ser mitad hombre y mitad caballo? Esta representación existe de hecho en la mente humana, aunque no puede encontrarse fuera de ella. Es preciso resolver esta cuestión de la misma manera que lo era afrontar el tema del derecho subjetivo. Recuérdesse que se ha criticado la falta de claridad de Olivecrona en este punto²⁴.

En realidad, la fuerza obligatoria, para Olivecrona, no es más que una *palabra vacía*, sin significado alguno. Equivale a las palabras círculo cuadrado, que no es posible representar mentalmente. El profesor de Lund llega a afirmar que la fuerza obligatoria del Derecho expresa palabras vacías, usadas según costumbre, pero sin que haya un pensamiento real tras ellas²⁵.

La palabras que se derivan de obligación—obligatorio, obligatoriedad, etc.—son expresiones imperativas similares a las de derecho subjetivo, ley u otras, y contribuyen a provocar determinado comportamiento en sus destinatarios. En el fondo, lo

²³ *Ibid.*, p. 17.

²⁴ *Vid.* cap. V, ep. IV.

²⁵ *LF/I*, pp. 16-17.

que hay es un sentimiento, y no una representación. Lo que ocurre es que dicho sentimiento se proyecta sobre una realidad, las normas jurídicas, y nos da la sensación de que también es algo real. Sin embargo, como decimos, es sólo una palabra sin significado asociada con una fuerte carga emotiva. Dice Olivecrona:

«Atribuir fuerza obligatoria al Derecho en realidad significa, por así decirlo, que se objetiva el sentimiento de vinculación. Éste se proyecta sobre el propio ordenamiento jurídico, y el sentimiento se torna determinante en la interpretación de la naturaleza objetiva del ordenamiento jurídico»²⁶.

En suma, la fuerza obligatoria del Derecho no representa nada real, ni objetiva ni subjetivamente. No hay nada que pueda ser llamado fuerza obligatoria del Derecho.

III. LOS FACTORES DEL VÍNCULO OBLIGATORIO

La conclusión a que hemos llegado en los dos epígrafes precedentes consiste en que la fuerza obligatoria no existe. Empíricamente sólo podemos localizar un fenómeno de sujeción psicológica en la mente humana. Para Olivecrona, el hombre no *tiene* obligaciones, sino que *siente* obligaciones. Corresponde ahora ver cómo se crean ese tipo de sensaciones de obligación. Si bien no existe un tratamiento unitario del problema en la obra del profesor de Lund, a lo largo de ella hay elementos suficientes como para hablar de un conjunto de factores que concurren para crear este efecto. De ellos nos ocupamos a continuación.

²⁶ *Ibid.*, p. 12. Cfr. cap. V, ep. II.3 *in fine*.

1. La educación

Desde la más tierna infancia, por medio de la educación, hemos sido enseñados a distinguir entre lo propio y lo ajeno. Hemos aprendido que con lo nuestro podemos hacer lo que queramos, mientras que hacerlo con lo ajeno puede ponernos en problemas. Para saber de quién es una cosa—explica Olivecrona—tenemos que determinar el modo de adquisición del derecho. Las ideas acerca de la adquisición de la propiedad son inculcadas en los niños para prepararlos para la vida adulta. Los mundos infantil y adulto no están nítidamente delimitados y los principios para distinguir lo propio de lo ajeno son parecidos en los adultos, si bien mucho más exactos y complicados²⁷.

El carácter se forma necesariamente bajo el influjo del mundo circundante, especialmente en la infancia. La sociedad en que vivimos marca su impronta en nosotros. De entre todas las fuerzas que actúan para producir este resultado—señala el profesor de Lund—, la ley es innegablemente una de las más señaladas. Algunas de nuestras tempranas e indelebles impresiones respecto al comportamiento de los demás provienen, directa o indirectamente, de la ley²⁸.

Como podemos apreciar en la exposición de Olivecrona, la educación *presupone* el Derecho. Leemos:

²⁷ *LF/II*, pp. 187 ss. Tiene particular relevancia el lenguaje jurídico, porque la gente reacciona, ha sido enseñada a hacerlo, con determinadas palabras y expresiones formalizadas: «Legal Language and Reality», pp. 179 ss.

²⁸ *GS*, pp. 151; *LF/I*, p. 153-154.

«Desde la infancia, a todos se ha enseñado que el Derecho tiene que ser obedecido. Unas pocas normas fundamentales referidas a los principales delitos, a las relaciones familiares, a la propiedad, etc., son inculcadas y mejor o peor conocidas»²⁹.

Esto no significa que sea preciso enseñar al niño todas las leyes. Basta, en general, con que asuma la idea de que hay que respetar aquello que tiene la forma de Derecho. Eventualmente deberá guardar aquellas normas que fueren establecidas a través del proceso legislativo en vigor³⁰.

2. La moral

Según se ha dicho al tratar de las relaciones entre Derecho y moral, existe un imperativo moral genérico que prescribe la obediencia al Derecho³¹. Tradicionalmente se ha entendido que el Derecho está determinado por la moral. No pocas veces se ha dicho que el Derecho tiene a la justicia como fundamento. Esto equivale, sin embargo, a basar el Derecho en algo abstracto, en una norma que está, como dice Olivecrona, *in nubibus*, lo cual, a su juicio, es claramente «supersticioso»³².

Para él sucede todo lo contrario. Es el Derecho el que determina la moral. Como acabamos de ver, el carácter es formado bajo la influencia del ambiente. Y una de las fuerzas sociales

²⁹ «The Will of the Sovereign...», *op. cit.*, p. 109.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Vid.* cap. VI, ep. IV de este mismo trabajo.

³² *LF/I*, pp. 151-152; *GS*, pp. 149-150. Olivecrona mezcla en este punto la justicia con la moral. Para él, ambas cosas son igualmente subjetivas, y es por ello que las trata juntas.

más activas es el Derecho. Éste no puede ser el resultado de unas supuestas ideas morales innatas que ya posee el niño porque el Derecho ya existía cuando nació. Lo que sucede más bien es que el niño queda marcado por el Derecho e interioriza sus normas. Leemos:

«El Derecho, ciertamente, no puede ser la proyección de convicciones morales innatas en el niño o adolescente, porque ya existían mucho antes de que naciera. Para cuando crece y toma conciencia de las condiciones de vida, [el niño o adolescente] ya está sujeto a su influencia. *Las primeras impresiones imborrables de la primera juventud acerca de las relaciones con otras personas provienen, directa o indirectamente, del Derecho.* El efecto no sólo consiste en el temor a las sanciones, que, a su vez, ocasiona que el individuo mismo se acabe adaptando para vivir sin ese miedo. *Las normas tienen también un efecto moral positivo en el sentido de que producen un caudal de ideas morales en la mente*»³³.

Desde un punto de vista psicológico, para Olivecrona, los impulsos morales del tipo «¡no debes!» que se nos presentan junto con la ley son precisamente «una consecuencia de la “administración de justicia” a través de la aplicación de penas y de indemnizaciones»³⁴.

¿Es posible que una ley sea inmoral? De lo dicho pareciera que esto no es posible, puesto que el Derecho es la fuente principal de la moral. Pero Olivecrona admite que aquello puede suceder. Esto nos lleva a introducir un matiz en lo que dijimos

³³ GS, pp. 153-154; LF/I, p. 151. Cursiva añadida.

³⁴ GS, p. 149; LF/I, p. 151.

sobre la relación entre Derecho y moral. Tras admitir que existe un imperativo moral genérico de obedecer el Derecho, el profesor de Lund establece que éste no rige—eficazmente, hemos de suponer—cuando la ley es «irrazonable» o «arbitrariamente» aplicada³⁵. De aquí podría deducirse que no hay obligación moral de obedecer el Derecho injusto o no razonable. Pensamos que no se puede ir tan lejos. Según los postulados teóricos de que parte Olivecrona la razón no opera en el ámbito práctico. Por ello, la interpretación más acorde con aquéllos pasa por transformar esa aparente razón práctica en una *razón histórica*.

En efecto, a lo largo del tiempo, el Derecho, en su marcha incansable, ha forjado una moral positiva. Transformarla exige un tiempo proporcional al grado en que la nueva ley se separa de la moral vigente. La alteración de los esquemas morales lleva tiempo. Una ley intempestiva no puede modificar esta situación a corto plazo. El proceso por cuyo medio el Derecho influye en la moral, forjando sus principios básicos, se dilata lo bastante como para que una ley—o conjunto de leyes—que pretenda alterar radicalmente estos principios se encuentre con gran resistencia. La razonabilidad de un principio entendemos que viene dada por el tiempo que requiere modificarlo. La moral es flexible,

³⁵ GS, p. 152; LF/I, p. 155: «La influencia moral del Derecho es necesaria para su efectividad sólo en relación con un limitado número de normas, y sólo en estos casos es tal influencia posible. Para el resto, es suficiente con tener la idea de una obligación moral de respetar el Derecho como tal, y que ésta no sea alterada por leyes irrazonables o un ejercicio judicial arbitrario». En otro lugar dice: «Ante todo, ha de haber ciertas razones generalmente aceptadas por las que las sanciones son infligidas justamente por las acciones en cuestión» (LF/I, p. 148; GS, p. 146).

pero hasta cierto punto. Más allá de él, el vínculo que une Derecho y moral puede romperse. Los cambios, por tanto, deben ser graduales; cuanto mayores sean más fuerza requerirán. En el ejemplo del río, sería como intentar desviar su cauce. Cuanto mayor es la corriente más difícil es conseguirlo.

Un régimen que violente esta conciencia,—Olivecrona lo llama «régimen de terror»³⁶—, es un régimen que no puede aprovechar en su favor los esquemas de comportamiento preestablecidos, con lo que tiene que valerse primordialmente de la fuerza, que constantemente se verá obligado a actualizar. En consecuencia, la diferencia entre un Estado terrorista y, por así decirlo, un Estado de Derecho es únicamente de grado. Cuanto más se opone a la conciencia jurídica, mayor fuerza y propaganda son necesarias³⁷.

Según la interpretación propuesta, la forma de las relaciones entre Derecho y moral es circular. El Derecho modela la conciencia jurídica, que, una vez que adquiere su propia firmeza, retorna al Derecho e influye parcialmente en él³⁸. Podríamos

³⁶ *LF/I*, p. 149; *GS*, p. 147.

³⁷ Algo así había expresado Jellinek, cuando afirmaba que «las relaciones reales de dominación han de ser consideradas como jurídicas. Donde falte esta convicción, allí será menestar el orden real de fuerzas exteriores para ser mantenido, lo cual le hace imposible a su vez ser duradero, pues o aparecerá una costumbre que se imponga a esta situación o el orden puramente exterior se deshará» (JELLINEK, G., *Teoría General del Estado*, op. cit., p. 256).

³⁸ Conviene señalar que hay más factores que influyen en la moral además del Derecho, como son la propaganda religiosa o social y las propias vivencias y sentimientos personales (estos factores se mencionan incidentalmente en *LF/I*, p. 162), que también, a lo que parece, contribuyen a dar a la moral

expresar esto diciendo que mientras que las viejas leyes influyen en la moral, las nuevas leyes son influidas por la moral.

3. El temor

La desobediencia al Derecho puede traer como consecuencia la imposición de una pena o sanción al infractor. Esto produce temor, y es una de las causas por las que la gente, en general, se abstiene de infringir el Derecho. Pero esto no significa que la persona que observa el Derecho, al hacerlo, piense directamente en las eventuales sanciones que pudieren corresponderle. Si se evita cometer crímenes es porque éstos son considerados rechazables, y si se pagan las deudas es porque se cree que es honrado hacerlo. Una simple «introspección»—afirma Olivecrona—basta para darse cuenta:

«Cuando tratamos de mirar adentro—escribe—y de examinarnos nosotros mismos, no encontramos el temor en primer término, como un motivo para obedecer el Derecho. Esto es verdad especialmente en relación con las normas fundamentales del Derecho civil y penal»³⁹.

La influencia del temor a las sanciones en nuestras acciones es indirecta. El hecho de que las sanciones se aplican regularmente pende como espada de Damocles sobre nuestras cabezas. La tensión que ello produce se mitiga creando una predisposición en favor de obedecer el Derecho. En sus propias palabras:

cierta autonomía, renovando la corriente y permitiendo que el Derecho evolucione.

³⁹ *LF/I*, p. 143; *GS*, p. 140.

«¿Cómo podríamos eludir el influjo de la inexorable maquinaria de la fuerza que ya funcionaba cuando nacimos y que nos rodea durante toda la vida? A buen seguro ha debido de dejar profundas impresiones en nuestra mente»⁴⁰.

En el mismo sentido, un poco más adelante el profesor de Lund define así la «situación psicológica»:

«La mente humana tiene una adaptabilidad maravillosa. Es insostenible vivir constantemente atemorizado. Consciente o inconscientemente tratamos de evitarlo adaptándonos a las condiciones dominantes»⁴¹.

Se tiende a pensar que el ejercicio de la fuerza no tiene que ver con la gente honrada que cumple con sus obligaciones. Se considera que la pena es algo que afecta sólo a los delincuentes. Una persona normal, que cumple con sus obligaciones, no necesita pensar en las sanciones⁴². Pero esto es imposible sin la fuerza.

Según Olivecrona, forma parte del ambiente la *ubicua presencia* de la fuerza organizada. El organismo no tiene más remedio que acostumbrarse a ella y adaptarse al ritmo que impone sus pulsos vitales. Vivir constantemente preocupado por las consecuencias eventuales que de nuestra conducta pudieran derivarse nos pondría en una gran consternación y menoscabo para la salud. La brecha entre lo querido y lo prescrito no puede ser

⁴⁰ LF/I, p. 146; GS, p. 143.

⁴¹ LF/I, p. 147; GS, p. 144.

⁴² LF/I, pp. 143-145; GS, pp. 140-142.

total. La mente termina por eso habituándose al entorno jurídico⁴³.

Como dice Vinogradoff, la aplicación de las leyes mediante la imposición de un castigo no es indispensable. Por ello no toda norma necesita ir acompañada de sanciones para el caso de su incumplimiento. Llega un momento en que no se obedece el Derecho por la coacción material, sino por otras razones. Un sistema jurídico basado en la mera coacción es inviable. La masa no se puede contener. En suma, «no es tanto la posibilidad material de coacción cuanto el hábito mental de reconocer las normas impuestas por la autoridad social lo que es decisivo para la existencia de tales normas»⁴⁴.

4. La propaganda

De la propaganda se ocupa Olivecrona más bien con carácter incidental. Espigando en distintos lugares podemos ver, no obstante, que Olivecrona suele asociar esta cuestión con la del temor a las sanciones. Así, dice:

«Los imperativos de la ley alcanzan eficacia a través de una combinación, consistente en amenazas de sanciones y cierta presión psicológica, que puede ser denominada propaganda en sentido amplio»⁴⁵.

⁴³ *LF/I*, pp. 146 ss. y pp. 218-219 (notas 142 y 143); *GS*, pp. 143 ss.

⁴⁴ VINOGRADOFF, P., *Introducción al Derecho*, op. cit., pp. 40-41.

⁴⁵ *GS*, p. 181.

El profesor de Lund define propaganda como «toda impresión sistemática de ciertas ideas y sentimientos»⁴⁶. A su juicio, es imposible que un sistema jurídico alcance eficacia si no dispone de un aparato propagandístico de alguna clase. Es preciso—afirma—que los ciudadanos sean preparados para la recepción de los imperativos, ya que por sí solos carecen de fuerza vinculante. Desde este punto de vista, la diferencia entre un Estado totalitario y uno democrático es, en lo que se refiere a conciencia y regularidad, una diferencia de grado⁴⁷.

En el concepto de propaganda incluye Olivecrona distintos instrumentos de que se valen quienes acceden al poder del Estado con el fin de favorecer el control social. Podemos señalar la infusión del temor a las sanciones como mecanismo de prevención general; la distribución de ayudas y subvenciones públicas para fomentar actividades que se consideran socialmente beneficiosas; la acción ilegal o alega de los servicios secretos; el control de los medios de comunicación; determinados nombramientos políticos; la financiación de grupos armados; algunos aspectos de la política tributaria y financiera, etc.

A través de estos mecanismos se produce una sujeción interior de tipo psicológico, tanto en los ciudadanos como en los funcionarios, que complementa la pura coacción exterior, que por sí sola sería insuficiente para ordenar la sociedad. Por ello, el mantenimiento de un régimen puramente terrorista por largo tiempo es inviable. Un régimen basado en la mera coacción implicaría un coste altísimo y el resultado sería incierto. Olivecro-

⁴⁶ GS, p. 33.

⁴⁷ *Ibidem*.

na llega a decir que este régimen sería «antinatural». El sacrificio causado en la población—añade—sería enorme, y no sólo para aquellos que padecieran severos castigos, sino para todos en general, ya que se produciría una escisión entre lo que se quiere hacer y lo que siente que se debe hacer. Sin embargo—aclara—, probablemente no haya habido nunca un régimen que haya sido completamente terrorista. La coacción no suele recaer sobre todo el ordenamiento, sino únicamente sobre ciertos aspectos jurídico-políticos. Las reglas más relevantes del Derecho civil y del penal permanecen incólumes, y no necesitan ser obedecidas por temor⁴⁸.

En otros lugares también habla de propaganda, pero su tratamiento es demasiado fragmentario y no añade mucho de nuevo a lo dicho, por lo que simplemente dejamos constancia de las referencias⁴⁹.

⁴⁸ GS, pp. 146-148; *LF/I*, pp. 148-150. En sentido similar, Ross, A., *Sobre el Derecho y la justicia*, *op. cit.*, pp. 55-56.

⁴⁹ *LF/I*, p. 69: la propaganda sirve para preparar las mentes a la hora de recibir nuevos imperativos, siendo especialmente importante en los períodos revolucionarios; p. 150: en algunas ramas del Derecho la propaganda es más necesaria que en otras; p. 156: la fuerza ha de asociarse con la propaganda, preparando las mentes para la recepción de los imperativos; p. 158: la población sufre una gran presión a través de la fuerza y la propaganda; pp. 169-170: el uso regular de la fuerza de conformidad con las reglas tiene el efecto de formar y mantener ciertas ideas acerca del bien y del mal, junto con la educación y la propaganda; las ideas de justicia pueden ser influidas a través de la propaganda, incluso en oposición a intereses realmente existentes; p. 187: la unilateralidad del marxismo es una pieza de la propaganda revolucionaria; p. 192: la pretensión de transferir la propiedad individual a la comunidad es una adaptación con fines propagandísticos de la vieja idea de los dere-

5. Recapitulación

De lo anterior se derivan varias conclusiones : 1.º) que la propaganda es insuficiente para causar la adhesión al Derecho; 2.º) que la moral no es innata, sino resultado de la presión ambiental, donde opera de forma destacada el Derecho; 3.º) que el temor a las sanciones depende de la efectiva aplicación del Derecho, y 4.º) que la educación requiere del resto de factores. Es decir, todos estos factores presuponen el funcionamiento normal de la maquinaria jurídica.

Esto equivale a decir que el Derecho es algo presupuesto en todos los casos; que es el factor de los factores, o que la eficacia del Derecho depende de su propia eficacia, o que se retroalimenta. ¿Cómo es posible esto? ¿No hay aquí una circularidad? La única manera de entenderlo es echando mano de una noción de la mecánica, como es la inercia. Debemos pensar que existe una inercia que es capaz de producir la suficiente energía como para que la aplicación de las normas jurídicas no se detenga nunca—o no lo haya hecho hasta ahora—. El movimiento comenzó en tiempos remotos, cuya memoria histórica se pierde en la bruma de los siglos. Existen, no obstante, indicios para pensar

chos; pp. 206-207: en referencia a las relaciones internacionales, la propaganda sola no basta, sino que es necesaria también la fuerza. En *GS*, además de las equivalencias con algunos de los pasajes citados (pp. 79, 148, 154, 197, 202, 219-220), y además de los pasajes citados más arriba en este subpígrafe, se dice específicamente lo siguiente; p. 40: la propaganda influye sobre la moral; p. 157: la propaganda por sí sola no basta (ha de estar asociada a la fuerza); p. 158: la fuerza y la propaganda consiguen una vinculación interior del individuo. Por último, en *LF/II*, p. 111, se afirma que a la hora de legislar, ciertos grupos influyen con propaganda y otros medios.

que compartió la fuerza que genera el fenómeno religioso, del que más tarde prescindió⁵⁰. Únicamente conservó aquellos resortes que eran imprescindibles para actuar sobre la psique humana, convenientemente modelada a lo largo del tiempo.

En sentido irónico se ha expresado esta circularidad diciendo que la máquina del Derecho funciona como por arte de magia. Preguntas como quién, cómo y para qué debe utilizar la máquina quedan sin respuesta⁵¹. En referencia a Ross, se ha señalado la paradoja que supone el hecho de que el Derecho funcione precisamente gracias a que los que lo hacen funcionar no se comportan con arreglo a una concepción realista, y se añade: «Parece que el Derecho seguirá funcionando siempre que nadie se dé cuenta de cómo funciona»⁵².

La paradoja, pues, es que cuando el Derecho ha conseguido desembarazarse de la magia es cuando verdaderamente actúa de manera mágica.

IV. EL DERECHO CONSISTE ESENCIALMENTE EN FUERZA ORGANIZADA

Llegados a este punto, estamos en condiciones de abordar la cuestión de la esencia de lo jurídico en el pensamiento de Olivecrona. El profesor Legaz y Lacambra distingue dos grandes cuestiones acerca del Derecho: la que se interesa por aquello en

⁵⁰ *Vid.* cap. VI, ep. V.5 de este mismo trabajo.

⁵¹ Esto ha llevado a decir a OLLERO que el realismo escandinavo es un realismo a medias (OLLERO, A., «Un realismo a medias: el empirismo escandinavo», *op. cit.*, pp. 104, 111).

⁵² *Ibid.*, p. 121.

que consiste el Derecho, es decir, en cuáles son sus componentes básicos o esenciales; y la que se pregunta por la esencia misma del Derecho. Si la primera es una cuestión ontológica— así la llama Legaz—, la segunda es una cuestión metafísica. Ésta, sin duda, penetra y profundiza más, pero presupone dominar la primera. Para saber qué es últimamente algo, es necesario conocer antes qué es próximamente⁵³. Este orden lógico es respetado por Olivecrona, como se desprende del siguiente texto:

«El lector habrá ya hecho la reflexión de que si el Derecho no es vinculante en el sentido tradicional, si es solamente una cuestión del efecto psicológico de algunos imperativos independientes, si en realidad no hay derechos y obligaciones, entonces lo que llamamos Derecho debe esencialmente ser fuerza organizada»⁵⁴.

Por lo tanto, desde un punto de vista metafísico, el Derecho es fuerza organizada⁵⁵. Es claro que Olivecrona no considera

⁵³ Lamentablemente, sólo podemos ofrecer una referencia indirecta a través de la exposición que de esta distinción hace RECASENS SICHES, L., en *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, op. cit., pp. 326 ss., donde no da referencia bibliográfica, pues cuando el profesor Recasens escribió su libro, sólo contaba con una versión inédita cedida por el profesor de Zaragoza.

⁵⁴ *LF/I*, p. 123; *GS*, p. 119. De un modo similar, en «Law as fact», op. cit., p. 544.

⁵⁵ Sobre la *originalidad* de esta tesis se ha sustanciado una controversia entre Olivecrona y Bobbio, a raíz del trabajo de Ross *On Law and Justice*, de 1958, en el cual se atribuye la novedad de dicha tesis a Kelsen, en lugar de a Olivecrona. Dice expresamente Ross: «he tomado este punto de vista de Hans Kelsen. Véase, por ejemplo, su *Allgemeine Staatslehre*, 1925, 17. Karl Olivecrona sostiene la misma tesis en *The Law as Fact*, 134 ss.» (ROSS, A., *On*

Law and Justice, Londres, Stevens & Sons, 1958, p. 53, nota 18. Hemos transcrito la versión española de G. R. Carrió: *Sobre el Derecho y la justicia*, op. cit., p. 52). Por lo tanto, a juicio de Ross, Kelsen tiene el mérito de haber formulado por primera vez esta idea. Más tarde, en el mismo sentido, Bobbio dice lo siguiente: «esta teoría [...] ha sido formulada por Hans Kelsen» (BOBBIO, N., «Diritto e forza», en *Rivista de Diritto Civile*, 1966, p. 537; aquí manejamos este artículo, que también se encuentra en inglés en *The Monist*, XLIX (1965), n.º3, pp. 321-341). No obstante, Bobbio reconoce que la primera formulación que hace Kelsen en 1925 (*Allgemeine Staatslehre*) es solamente *en passant*, pues no le dedica suficiente atención hasta la *General Theory of Law and State*, de 1945. Añade que la teoría tampoco encuentra mención particularizada en la *Reine Rechtslehre*—ni siquiera en la edición de 1960—. Es más, de no ser por la acogida que Ross hace de esta teoría—observa el profesor italiano—, habría quizás pasado desapercibida. Y, refiriéndose a Olivecrona, dice que la teoría ha pasado a ser uno de los puntos cardinales de su teoría del Derecho (p. 538). No obstante, señala precedentes en Jhering, según el cual, los destinatarios de las normas jurídicas no son los ciudadanos, sino los órganos del Estado encargados de ejercer la coacción (p. 541; de la misma opinión, entre nosotros, es Rodríguez Molinero, quien afirma también que la tesis pasó de Jhering a Kelsen; vid. RODRÍGUEZ MOLINERO, M., *Introducción a la ciencia del Derecho*, Salamanca, Cervantes, 1993, p. 172). Más tarde, en 1976, en un artículo titulado «On the Problem of Law and Force in Recent Literature» (*RIFD*, 1976), se queja OLIVECRONA de que Bobbio, en sus *Studi per una teoria generale del Diritto*—que, entre otros, contiene el artículo arriba citado—da a entender que Olivecrona toma de Kelsen la teoría de que aquí se trata (p. 549). Según el profesor de Lund, cuando escribió su *Law as fact*, en 1939, no tenía ni la más remota idea de que Kelsen hubiera ya formulado tal teoría. Es más, niega que esto sea así. Según él, los argumentos ofrecidos por Bobbio para sustentar la prioridad kelseniana son débiles. Advierte el profesor de Lund que ya también Alfonso Catania en un artículo titulado «Il diritto come organizzazione della forza» (*RIFD*, 1974) atribuye el disputado mérito a Kelsen, pero en este caso citando una obra de 1941—no cita la *Allgemeine Rechtslehre*, de

1925—, y añade que esta atribución no es realizada con rotundidad, sino con alguna reserva (pp. 549-550). Olivecrona se muestra, por tanto, perplejo ante la atribución a Kelsen de una teoría, que a pesar de ser supuestamente el primero en formularla, le presta escasa atención, y de la que, además, es difícil encontrar algún rastro en sus escritos. De hecho, en su opinión, Bobbio no cita ningún lugar en que sea expresada. Tal vez por ello—concluye—, Catania no haya citado este trabajo, (p. 550). Sin embargo—continúa Olivecrona—, Catania cita una frase de la *Reine Rechtslehre*, de 1934, p. 70, que es la única que le permite fundamentar la prioridad del profesor de Viena. Ella se contiene en un epígrafe que lleva por título: «Geltung und Wirksamkeit der Rechtsordnung (Recht und Macht)» [Validez y eficacia del orden jurídico (Derecho y poder)], y es puesta después de haber afirmado que el Derecho no puede darse al margen del poder, aunque no puede identificarse con éste). La frase es la siguiente: «es [das Recht] ist—im Sinne der hier entwickelten Theorie—eine bestimmte Ordnung (oder Organisation) der Macht» (ello [el Derecho] es—en el sentido de la teoría aquí desarrollada—cierto orden [u organización] del poder). A juicio de Olivecrona, esta frase no es suficiente para fundar la nueva teoría, y no indica ningún alejamiento de la teoría tradicional, según la cual la coacción es un medio de realizar el Derecho (pp. 550-551). Es probable, en opinión de Olivecrona, que el malentendido tenga su origen en la nota de Ross, citada arriba, en *On Law and Justice*. Añade el profesor de Lund que en la sección de la *Allgemeine Staatslehre* que señala Ross no es mencionado el problema del Derecho y la fuerza. Lo que Kelsen defiende allí es, en opinión de Olivecrona, que «el Estado como un orden sólo puede ser el orden jurídico o la expresión de la unidad del orden jurídico» (p. 551). Lo que puede haber pasado—interpreta Olivecrona—es que Bobbio se haya fiado de lo que dice Ross—en el sentido de que toma la teoría de algún pasaje de la *Allgemeine Rechtslehre*—y, a su vez, Catania, por la autoridad de Bobbio, haya aceptado esta versión, a pesar de no haber hallado donde fundarla. Para Olivecrona, es en la *General Theorie of Law and State*, de 1946, donde se puede encontrar en Kelsen algo semejante a la «nueva teoría», habiendo o no leído—puntualiza—su *Law as fact* el profesor de Viena (pp. 550-551). A lo que Bobbio responde (BOBBIO, N., «Ancora su

diritto e forza. Replica al prof. Olivecrona», en *RIFD*, 1977, pp. 414-416) que le parece sorprendente que Olivecrona no haya encontrado en Kelsen aquello que le hace decir, aunque sea *en passant*, Ross, que es, según la traducción española de que dispone Bobbio (*Teoría General del Estado*, trad. de Luis Legaz y Lacambra, Barcelona, Madrid, Buenos Aires, Ed. Labor, 1934), lo siguiente. Kelsen critica a aquellos que cuando hablan de la coacción como elemento esencial del Derecho no la entienden como «aquel contenido específico de las normas jurídicas—castigo, ejecución—que sirve para diferenciar el Derecho de otras normas». Y añade Kelsen: «No la coacción como contenido de la norma, etc.» (KELSEN, H., *Teoría General*, p. 22). La razón de que Kelsen diga esto *en passant* es, para el profesor italiano, precisamente, porque, en el marco de una teoría general del ordenamiento jurídico como ordenamiento coactivo, Kelsen da por evidente que las normas jurídicas tienen como contenido la coacción, por lo que no cree necesarias más explicaciones. Bobbio, *ad abundantiam*, cita otro pasaje (*Teoría General*, p. 30): «lo que es considerado subjetivamente como coacción “interna” es el deber ser, que es en sí y para sí; pero la coacción “externa”, el acto coactivo puesto como contenido de la norma, no es otra cosa, en el fondo, que la manifestación de esta coacción interna acaecida desde el punto de la probabilidad de su realización». Por lo tanto, Bobbio se muestra muy sorprendido porque Olivecrona no haya sido capaz de encontrar indicios de la adhesión de Kelsen a la teoría; en particular porque ésta—dice—«constituye uno de los temas de la *Allgemeine Staatslehre*» (p. 415). Por último, además de citar otro pasaje en favor de su postura, deja constancia de que él no dijo que Olivecrona tomara la teoría de Kelsen, sino que, cronológicamente, éste precedió a aquél en la formulación, que, en cualquier caso—concluye—es un tema menor (p. 416). Debemos añadir, sin embargo, que el profesor BJARUP considera que tanto Ross como Kelsen están influidos por Olivecrona en el punto de las relaciones entre Derecho y fuerza (BJARUP, J., *Skandinavischer Realismus*, *op. cit.*, p. 140).

metafísica su definición. Metafísico, para él, equivale a sobrenatural o ideológico⁵⁶. Pero si entendemos por metafísica la «ciencia del ser en cuanto ser»⁵⁷, su afirmación no deja de ser metafísica.

1. Derecho y fuerza son homogéneos

Afirman los físicos que la energía no se destruye; sólo se transforma. Esto mismo lo podemos aplicar a la definición olivecroniana del Derecho. Para él, en todos los fenómenos sociales está presente la fuerza. El Derecho no es más que un fenómeno de fuerza, sólo que organizada. Este carácter formal es el único que especifica el fenómeno jurídico. Como es sabido, la tesis tradicional afirmaba que el Derecho estaba garantizado o respaldado por la fuerza. Esto suponía que Derecho y fuerza eran cosas distintas. Olivecrona rechaza expresamente esta separación:

«El Derecho—escribe—, tal y como es aplicado en la vida real, incluye alguna clase de fuerza. Es fuerza organizada, regulada, usada contra los delincuentes, deudores y otros, de acuerdo con patrones establecidos por los legisladores. Pero la fuerza como tal no puede ser opuesta a cierto tipo de fuerza. El ladrón y el asesino hacen uso de la fuerza al cometer sus crímenes. Pero es imposible negar que la fuerza es usada también contra ellos cuando les es aplicado el castigo»⁵⁸.

⁵⁶Vid. cap. II, ep. VI de este mismo trabajo.

⁵⁷ ARISTÓTELES, *Metafísica*, IV, 1.

⁵⁸ *LF/I*, p. 126; *GS*, p. 123. Ross opina en el mismo sentido que «un orden jurídico nacional es el conjunto de reglas para el establecimiento y funcionamiento del aparato de fuerza del Estado» (ROSS, A., *Sobre el derecho y la justicia*, op. cit., p. 34).

Esencialmente, la violencia cometida por el delincuente y la aplicada sobre él por el funcionario público son de la misma clase. La distinción, según Olivecrona, sólo puede hacerse sobre la base de una «concepción metafísica del Derecho», construida a partir de la consideración de que el Derecho incluye un poder sobrenatural, es decir, el poder de obligar⁵⁹.

Desde un punto de vista realista, sin embargo, las cosas se ven de distinta manera. Para Olivecrona, lo garantizado por la fuerza no son las mismas normas jurídicas, sino un cierto estado de cosas en la comunidad: «un estado de paz en general, una distribución actual del poder sobre la tierra y los bienes, etc.». No se debe confundir este estado de cosas con el Derecho; aquél es consecuencia de éste⁶⁰.

El resultado de aplicar a la masa social un coeficiente de fuerza organizada es un producto de organización social. El orden, en este caso, es extrínseco a la masa social, que es jurídicamente un sujeto pasivo. El hombre, al carecer de una dimensión jurídico-natural, no es fuente de Derecho.

En consecuencia, el Derecho «consiste principalmente en reglas sobre la fuerza, reglas que contienen patrones de conducta para el ejercicio de la fuerza»⁶¹. Donde con más claridad se aprecia esto es en el Derecho penal, donde el juez impone un castigo a quien comete un delito. Pero el Derecho civil no es una excepción, porque a la luz de las normas civiles, el juez absuelve

⁵⁹ *LF/I*, pp. 126-127; *GS*, p. 123.

⁶⁰ *LF/I*, p. 129; *GS*, p. 125.

⁶¹ *LF/I*, p. 134; *GS*, p. 130.

o condena al demandado. El resto de las ramas del Derecho, en opinión de Olivecrona, presupone este cuerpo central de normas constituido por las normas sobre la fuerza»⁶². Particularmente, por lo que se refiere a las normas constitucionales, éstas consisten indirectamente en normas sobre el ejercicio de la fuerza, ya que en ellas se dispone el procedimiento de creación de normas penales y civiles. Incluso, la regulación de la fuerza es directa en materia de fuerzas armadas y cuerpos de seguridad del Estado⁶³.

2. La distinción entre normas primarias y secundarias es relativa

Tradicionalmente se ha distinguido entre normas primarias, que prescriben un comportamiento («no se deber robar»), y normas secundarias, que establecen una sanción para el caso de que no se siga el comportamiento prescrito («aquel que robare será castigado con pena de prisión»). En esta clasificación, las normas secundarias son relativas al uso de la fuerza, e instrumentales con respecto a las normas primarias. Es decir, las normas secundarias garantizan la eficacia de las normas primarias⁶⁴.

A juicio de Olivecrona, en la visión tradicional las normas primarias se corresponden en cierta medida con las normas del Derecho civil. En éste, las normas secundarias apenas se hacen explícitas, y se deja al juez la determinación de las consecuen-

⁶² *LF/I*, p. 135; *GS*, p. 132.

⁶³ *LF/I*, pp. 135-136; *GS*, p. 133.

⁶⁴ PATTARO, E., *Elementos para una Teoría del Derecho*, op. cit., p. 57; RODRÍGUEZ MOLINERO, M., *Introducción a la Ciencia del Derecho*, Salamanca, Cervantes, 1993, p. 172.

cias de su infracción. De modo opuesto, según la manera tradicional, las normas de Derecho penal son expresamente secundarias, ya que se dirigen directamente al juez⁶⁵.

Como se sabe, Kelsen invierte estos términos y llama primarias a las normas que imputan y prescriben las sanciones, mientras que denomina secundarias a las normas que prescriben un comportamiento⁶⁶.

Pues bien, Olivecrona no comparte ni una ni otra posición. A su juicio, toda norma es al mismo tiempo primaria y secundaria. Tanto el Derecho civil—explica—como el Derecho penal contienen reglas que se dirigen al mismo tiempo tanto a los ciudadanos en general, como a los funcionarios en particular. Así, dice:

«El legislador pretende imponer cierto comportamiento en los ciudadanos en general. Pero un medio necesario para este fin consiste en dictar reglas acerca del uso de la fuerza por los miembros de la organización estatal»⁶⁷.

Por lo tanto, la conducta que deben observar los ciudadanos se deduce de las consecuencias que su infracción trae consigo. La regla general para los ciudadanos es el reverso de la regla

⁶⁵ *LF/I*, pp. 131-132; *GS*, pp. 126-127.

⁶⁶ Kelsen, H., *Allgemeine Staatslehre*, Viena, Julius Springer, 1925, reimpr. Österreichische Staatsdruckerei, 1993, p. 51.

⁶⁷ *LF/I*, p. 132; *GS*, p. 128. Para Ross, sin embargo, las normas jurídicas están dirigidas únicamente a los jueces (Ross, A., *Sobre el Derecho y la justicia*, op. cit., p. 33).

particular que dispone el uso de la fuerza por los funcionarios públicos.

Hay tres formas, para el profesor de Lund, de aplicar la fuerza a través de los funcionarios públicos: por medio de medidas policiales; por medio de sanciones penales, y por medio de la ejecución en el enjuiciamiento civil. No obstante—advierte—, el uso de la fuerza física no es lo habitual. Es el último recurso, y tiene más bien carácter excepcional. Son los menos quienes tienen que ser enviados a prisión, ver embargadas sus cuentas, o ser dispersados en una manifestación. Lo normal es que la gente se conduzca de un modo respetuoso con el Derecho, de manera que la violencia no sea ejercida sino en último extremo⁶⁸.

Pero que la violencia se aplique sólo en último extremo no debe hacernos perder de vista que si las normas son habitualmente observadas, ello es precisamente porque existe una organización que está en condiciones de hacer uso de la fuerza y frente a la cual no es posible oponerse. El orden social es producto de la fuerza, ya directa—en los menos de los casos—, ya indirecta, a través de la presión que ejerce en la mente el funcionamiento normal de la maquinaria jurídica⁶⁹. En consecuencia, la fuerza siempre está presente, actualizada o en potencia, en el fenómeno jurídico, por lo que es el dato fundamental con el que hay que contar a la hora de comprenderlo.

Según Olivecrona, la ilusión de que las normas primarias tienen un sentido propio e independiente de las normas que ri-

⁶⁸ *LF/I*, p. 140; *GS*, pp. 136-137.

⁶⁹ *LF/I*, p. 126; *GS*, p. 122.

gen el uso de la fuerza, proviene de la creencia de que se entiende que tales normas crean de modo efectivo derechos y obligaciones, los cuales han de ser protegidos por las normas secundarias. Pero esta opinión queda desvirtuada tan pronto como refutamos la idea de que derechos y obligaciones son algo real más allá de las meras palabras⁷⁰.

V. ESTADO, PODER Y DERECHO

Entre las novedades introducidas en *Gesetz und Staat*, se cuenta también un capítulo que lleva por título «Vom Staat» (Del Estado), en que si bien existen temas ya tratados en *Law as fact*, gran parte carece de correspondencia con esta versión, donde no se trata del Estado. En él incluye también los temas relativos al marxismo y al Derecho internacional, de que tratamos, por separado, más adelante. Si bien la mayor parte de lo que se refiere al marxismo se encuentra en *Law as fact*, no sucede lo mismo en lo que se refiere al Derecho internacional, ya que en la versión alemana existen aspectos relevantes no tratados hasta ese momento, que parecen urgidos por el estallido de la II Guerra Mundial.

Para que la fuerza, en lugar de destruir, favorezca la vida y el bienestar de los hombres, es preciso que cumpla dos condiciones: que sea monopolizada por una organización y que su aplicación esté sujeta a reglas fijas. Ambas se dan en la organización que llamamos Estado⁷¹.

⁷⁰ *LF/I*, pp. 133-134; *GS*, pp. 129-130. Sobre esta refutación, *vid.* cap. V. eps. I y II de este mismo trabajo.

⁷¹ *GS*, p. 172.

El Estado se distingue de otras organizaciones, en opinión de Olivecrona, principalmente por dos cosas. En primer lugar, porque abarca cierto *territorio* y ~~dispone de unas fuerzas armadas~~ para defenderlo. Y en segundo lugar, porque en dicho territorio *monopoliza* el ejercicio de la fuerza organizada⁷².

Habitualmente se atribuye a dicha organización personalidad jurídica. El conjunto de derechos de que el Estado es titular se comprenden bajo el concepto de *soberanía*. Esto supone, hacia afuera, el derecho de autodeterminación frente a otros Estados; mientras que hacia adentro hace referencia fundamentalmente al derecho exclusivo a dictar leyes vinculantes⁷³.

Pero, a juicio del profesor sueco, esta manera de ver las cosas es metafísica. En su opinión, el fundamento de la idea de soberanía está en la fuerza de las armas. De aquí se deriva, de cara al exterior, que la organización estatal tiene la suficiente fuerza como para impedir la agresión de otros Estados—si bien el grado de autonomía varía de un Estado a otro—. Y, dentro del territorio del Estado, significa que la policía y el ejército predominan de hecho frente a otra clase de organizaciones no estatales⁷⁴.

Este monopolio—dice Olivecrona—constituye una «necesidad absoluta» para la vida civilizada. Por ello, el sistema estatal está casi completamente extendido por toda la tierra⁷⁵.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ *Ibid.*, p. 173.

⁷⁴ *Ibid.*, pp. 173-174.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 175.

La subjetividad jurídica (*Rechtssubjektivität*) del Estado es un hecho. Toda organización que ha alcanzado cierto monopolio, antes o después, es tratada de acuerdo con las normas establecidas para las relaciones internacionales. La subjetividad jurídica no viene dada por su reconocimiento por otros Estados. Aun cuando aquélla constituyera una cualidad real—piensa Olivecrona—, sería imposible originarla por medio de su reconocimiento⁷⁶.

Pero ¿cómo se puede monopolizar la fuerza? Se requiere poder. Sin él, no hay monopolio, y sin monopolio no hay estabilidad. De un modo impreciso—observa Olivecrona—se entiende por poder una especie de fuerza, atribuida a alguien, que tiene la virtualidad de hacer que otros obedezcan. Pero esto es una fantasía—afirma el profesor de Lund—; equivale a pensar que el pequeño Toomai tiene una fuerza singular que le permite dominar el elefante en que va sentado. En realidad, lo único que puede ser verificado es un fenómeno de influjo psíquico de una persona sobre otra persona. Los medios físicos—como ametralladoras, cañones, cadenas, cárceles, etc.—tienen que ser manejados por hombres, y son precisos muchos de ellos para poder ejercer un poder apreciable. Manejarlos sólo se puede hacer mediante el influjo psíquico. Esto es lo esencial de todo ejercicio del poder⁷⁷.

Por un lado, encontramos la persona que tiene el poder y su posición en la comunidad, con todo el aparato de medios que puede emplear para ejercer su influjo. Por otro lado está la per-

⁷⁶ *Ibid.*, pp. 175-176.

⁷⁷ *Ibid.*, pp. 176-178.

sona que recibe dicho influjo, con sus características personales, su posición relativa y todo aquello que lo dispone a la obediencia. No se debe, por lo tanto, exagerar el significado del primer término de la relación, como se suele hacer habitualmente. La influencia psíquica en que el ejercicio del poder consiste sería imposible sin la correspondiente actitud de obediencia. Por eso es preferible usar las expresiones «posición» o «situación de poder», antes que poder sin más⁷⁸.

El influjo psíquico es un instrumento de primer orden para el ejercicio del poder. De él se vale el legislador y por él combaten millones de personas entre sí. No hay otra posibilidad, pues ¿cómo mover a alguien a observar cierto comportamiento sin influir en su mente?⁷⁹

No se puede hablar de un poder unitario del Estado. Sólo hay un conjunto de posiciones de poder que está en manos de distintos individuos. En la cúspide está el Jefe de Estado. A continuación vienen los miembros del Gobierno y del Parlamento. También hay que tener en cuenta a jueces, personal administrativo y otros muchos. Todos estos individuos tienen, aunque limitados por la norma, sus correspondientes ámbitos de poder. El juez, por ejemplo, se encuentra en una posición en la que puede hacer que cierta propiedad cambie de manos o que alguien vaya a la cárcel. En su posición tiene la posibilidad de decidir sobre estas cosas con eficacia práctica. Sin embargo, es preciso que se dé una serie de condiciones. No puede usar su poder de manera completamente libre, *ad libitum*. De lo contra-

⁷⁸ *Ibid.*, pp. 178-179.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 179.

rio corre el peligro de perder el poder y ser él mismo sancionado⁸⁰.

Generalmente, quienes ocupan posiciones de poder desempeñan sus funciones con arreglo a las normas que las rigen. Esto es lo que produce la ilusión de un poder unitario del Estado. Sin embargo, la verdadera realidad es que sólo existen posiciones individuales de poder ejercidas regularmente. El monopolio tiene lugar, pues, a través de la norma⁸¹.

Puede parecer una paradoja, pero, a tenor de lo que afirma Olivecrona, ha de concluirse que la ley es un límite—fáctico eso sí—del poder. Está claro que una ley no puede impedir físicamente que alguien dispare con un arma de fuego a otra persona. Pero sí puede limitar los casos en que esto ocurre a través de la creación de las correspondientes inhibiciones psicológicas. Esto se realiza principalmente a través de la presión que ejerce el Derecho penal⁸².

Veamos cómo sucede en el caso de los jueces. En sus manos está una parte importante de la aplicación directa de la fuerza. Pues bien, su actuación, a juicio de Olivecrona, se encuentra limitada por una serie de principios: *a)* no actúa de oficio, según la máxima «ne procedat iudex ex officio»; *b)* escucha a las partes, de acuerdo con la máxima «audiatur et altera pars»; *c)* el procedimiento es público; *d)* el cargo de juez es independiente de otros poderes; *e)* la elección del juez es según sus méritos y

⁸⁰ *Ibid.*, p. 180.

⁸¹ *Ibid.*, pp. 181-182.

⁸² *Ibid.*, pp. 183-184.

capacidad y el ejercicio de su función se basa en el principio moral fundamental de la imparcialidad⁸³.

Todos estos principios que rigen la función judicial limitan su poder, y son sentidos como una obligación moral. Hasta el punto de que un juez no puede separarse de ellos sin dañar su autoestima. Por tanto, a la vinculación externa, constituida por la norma jurídica y la actitud de los sometidos a su poder, está la vinculación interna, psicológica. Ambos elementos son necesarios en toda sociedad. Leemos:

«Este orden de cosas es el núcleo de toda organización social desarrollada. Constituye [...] la condición necesaria para una convivencia pacífica de los hombres y para una división estable de la propiedad, así como para la economía»⁸⁴.

Junto a los jueces, otros órganos de aplicación de la fuerza son necesarios. En concreto, policía y ejército. Todos ellos, incluido en otro nivel el legislador, como vemos, están limitados de igual manera. Por un lado, internamente, porque no están libres de la influencia que la presión del Derecho ejerce desde que nacen, y por otro lado, externamente, porque su misma posición entraña el límite de su función⁸⁵.

VI. LUCES Y SOMBRAS DE LA TEORÍA MARXISTA DEL DERECHO

La manera tradicional de ver las cosas oculta el auténtico papel de la fuerza. Por eso—en opinión del profesor sueco—, la teoría

⁸³ *Ibid.*, pp. 185-186.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 187.

⁸⁵ *Ibid.*, pp. 188 ss.

marxista acierta al hacer hincapié en la necesidad de la fuerza. Su error está, sin embargo, en asociar el Derecho únicamente con la sociedad capitalista. Olivecrona expone la teoría marxista en estos términos.

Según el marxismo, el Estado es un aparato de coerción, una organización de fuerza. La clase capitalista se sirve de él para sojuzgar a clase proletaria. En opinión de Olivecrona, bajo esta teoría late la idea de que la fuerza organizada solamente es necesaria allí donde hay un conflicto de intereses dentro de una comunidad. En consecuencia, el día en que este conflicto se extinga y la división de clases sea suprimida, el Derecho será superfluo⁸⁶.

Sin embargo, él no está de acuerdo con la manera como esta teoría analiza la función de la fuerza en los estadios superiores del desarrollo económico, caracterizados por una extendida división del trabajo. El error, en su opinión, radica en lo que se refiere a sus predicciones, tanto de la conformación de la futura sociedad capitalista, como del advenimiento de la sociedad comunista⁸⁷. Es verdad—escribe—que en una sociedad capitalista el Derecho es un sistema de fuerza organizada. Pero no hay que pensar que la función de la fuerza organizada sea sólo la de salvaguardar los intereses de un pequeño grupo de capitalistas. Antes, el Derecho sirve a toda la sociedad. Los modernos niveles de desarrollo económico requieren un sistema altamente complejo, tanto en lo económico como en lo jurídico. Gracias a la presión del Derecho, los productores pueden controlar pacífi-

⁸⁶ *LF/I*, pp. 181-182; *GS*, pp. 190-191.

⁸⁷ *LF/I*, pp. 185; *GS*, pp. 195.

camente los medios de producción, que, en otro caso, se vería alterada. Gracias también al Derecho es posible el intercambio de bienes. Si los contratos carecieran de los así llamados efectos jurídicos, el comercio sería impensable. Las necesidades económicas de la población se satisfacen gracias a la fuerza organizada. Tal y como están las cosas en la sociedad capitalista, el Derecho y su aplicación regular son una condición para la existencia de todos, así como para nuestra seguridad y prosperidad. Queda fuera de toda duda el hecho de que la organización económica, y, consecuentemente, el uso de la fuerza, son indispensables para satisfacer las necesidades económicas de la población. Nuestra misma seguridad personal depende de la aplicación regular de la sanciones penales⁸⁸.

En suma, el uso de la fuerza en una sociedad capitalista es algo más que un instrumento para el predominio de una clase. «Es un instrumento—escribe—sin el cual la gente en su conjunto no podría vivir»⁸⁹. Ésta comprende, aun cuando no esté de acuerdo con ciertas normas o regulaciones, que el Derecho es «necesario»⁹⁰.

La dominación de clases no significa otra cosa que el Derecho, además de servir para la «existencia de toda la comunidad», se ha vuelto de alguna utilidad especial para algún grupo social. La idea de la lucha de clases no es más que una parte de la propaganda marxista que tiene como finalidad acabar con la clase dominante. Para ello mentaliza a la población de que su situa-

⁸⁸ *LF/I*, pp. 185-186; *GS*, pp. 195-197.

⁸⁹ *LF/I*, p. 187.

⁹⁰ *LF/I*, p. 187; *GS*, pp. 197.

ción es fruto de la opresión. En cuanto a la predicción de una sociedad sin clases, queda sin fundamento alguno desde el momento en que la vinculación entre uso de la fuerza y lucha de clases es disuelta. Es altamente improbable que el Derecho llegara a ser abolido. Ello significaría abandonarse a la eventualidad de que cualquier grupo armado aprovechara la ocasión para subyugar al resto de la población⁹¹. ¿Cómo impedir que esto suceda?. En su opinión es un «sueño insensato» pensar que la gente pudiera cambiar de tal forma que pudiera vivir sin Derecho. El Derecho es siempre necesario. Leemos:

«La fuerza organizada, sometida a normas que están determinadas por intereses comunes, será siempre necesaria, por lo tanto, aunque sólo sea para proteger a la comunidad de la formación de bandas terroristas al margen de la ley»⁹².

Además de para eso, la fuerza organizada sirve para mantener los patrones morales imprescindibles para la vida pacífica de la comunidad. Los marxistas, lejos de comprender esto, han creído ver todo lo contrario. Según ellos, el uso de la fuerza en la sociedad capitalista es altamente inmoral, pues la asocian con el yugo capitalista. No ven—dice Olivecrona—que nuestros patrones morales dependen del uso de la fuerza jurídica⁹³.

En consecuencia, toda política que favorezca la supresión de la fuerza está abocada al fracaso. Lo único a lo que se puede aspirar es a modificar el uso de la fuerza, nunca a suprimirla.

⁹¹ *LF/I*, pp. 187-189; *GS*, pp. 197-199.

⁹² *LF/I*, pp. 188-189; *GS*, pp. 198-199.

⁹³ *LF/I*, p. 189; *GS*, p. 199.

Esto le lleva a realizar la siguiente predicción. El éxito de la revolución realizada por Lenin y sus sucesores es meramente temporal, y durará lo que dure la dictadura del proletariado, donde la fuerza es imprescindible para acabar con el capitalismo⁹⁴.

VII. REVOLUCIÓN Y DERECHO

Una constitución puede ser modificada a través de la forma establecida en ella misma. A veces toda una constitución puede ser creada de este modo. Pero esto no es lo normal:

«En los más de los casos—leemos—, las constituciones de los países civilizados han sido originalmente establecidas por medio de la revolución o la guerra, es decir, por medio de la fuerza»⁹⁵.

En algún punto, la cadena de legalidad se rompe por actos violentos, o al menos antijurídicos, los cuales parecen la fuente última del Derecho⁹⁶.

El tema de la revolución—observa el profesor sueco—ha planteado graves problemas, y ha sido muy estudiado en la filosofía del Derecho. En efecto, no es fácil entender cómo los actos de violencia puedan generar normas obligatorias. Habitualmente se entiende que los legisladores constitucionales tienen un dere-

⁹⁴ *LF/I*, pp. 189-190; *GS*, p. 200.

⁹⁵ *LF/I*, p. 66; *GS*, p. 76. Esto ya había sido afirmado por Jellinek. *Cfr.* JELLINEK, G., *Teoría General del Estado*, *op. cit.*, p. 337: «La fuerza en la multiplicidad de sus formas ha sido la razón que ha determinado más frecuentemente la formación y desaparición de los Estados [...]».

⁹⁶ *LF/I*, p. 66; *GS*, pp. 76-77. No obstante, como dijimos en el ep. V.5, no es posible un conocimiento histórico acerca del origen último del Derecho.

cho a establecer normas jurídicas, pero los revolucionarios no sólo carecen de él, sino que, además, actúan en contra del orden jurídico en vigor. Sin embargo—afirma—, todos estos problemas se desvanecen si la idea de que las leyes poseen fuerza obligatoria es rechazada. Esto significa que carece de sentido seguir inquiriendo acerca de si las nuevas normas están revestidas o no de obligatoriedad⁹⁷.

Lo único que sucede en realidad es que ciertos imperativos independientes son dictados por determinados individuos con la pretensión de que sean obedecidos en todo el país. Solamente varían las causas que hacen que los imperativos sean eficaces. Hay que tener en cuenta que los revolucionarios no se pueden beneficiar del apoyo con que cuenta la constitución que quebrantan. El esfuerzo requerido es grande, porque contrasta con el hábito de adhesión a dicha constitución. Por eso, los revolucionarios necesitan reunir temporalmente la mayor cantidad de fuerzas que sea posible, con el fin de allanar las resistencias que el nuevo orden puede concitar. Los revolucionarios necesitan crear su propia maquinaria jurídica para poder ejercer una presión psicológica adecuada a través de otros canales⁹⁸.

En este contexto, la fuerza y la propaganda adquieren especial relevancia. Con la fuerza, quienes ocupan las principales posiciones de poder son removidos, sus partidarios atemorizados y la resistencia combatida. Y con la propaganda se preparan las mentes para recibir los nuevos imperativos. Para ello es preciso formular y proclamar unos ideales nuevos que inflamen los espí-

⁹⁷ *LF/I*, p. 67; *GS*, p. 77.

⁹⁸ *LF/I*, pp. 67-68; *GS*, p. 78.

ritus con sentimientos de odio o esperanza. El factor ideológico es decisivo. La reciente experiencia histórica muestra, según el profesor de Lund, que la apelación a la voluntad del Pueblo modernamente ha sido fundamental, aun cuando no ha sido así en todos los casos. Los partidos comunistas, por ejemplo, no se han proclamado como sustentadores de la voluntad del Pueblo, sino que han fundamentado la revolución en la necesidad histórica⁹⁹.

Para que la revolución tenga éxito se tienen que dar, además, unas circunstancias muy especiales, como opresión, miseria, etc. Si finalmente la revolución vence, y se consigue producir nuevos imperativos, éstos se convierten desde entonces en la nueva constitución. Olivecrona no menciona ningún requisito de legitimidad. Por lo tanto,

«la victoria de la revolución—escribe—corresponde a la forma constitucional en la legislación ordinaria»¹⁰⁰.

Es la misma idea que anteriormente había defendido Kelsen, para el cual el Derecho internacional legitima «la revolución victoriosa como un medio de producción de Derecho»¹⁰¹. A juicio de este autor, un orden jurídico nacional es válido desde el momento en que adquiere eficacia en su totalidad y deja de serlo tan pronto como la pierde. Si el territorio no cambia, el orden jurídico permanece el mismo, independientemente de que se trate de un orden establecido por una revolución o un golpe de

⁹⁹ *LF/II*, pp. 104-105.

¹⁰⁰ *LF/I*, p. 68; *GS*, p. 79.

¹⁰¹ KELSEN, H., *Reine Rechtslehre*, 2.^a ed., *op. cit.*, p. 222. La aceptación de esta tesis no es nueva en él, sino que se remonta a su *Allgemeine Staatslehre* (1925), *op. cit.*, pp. 128 y 148.

Estado. El nuevo gobierno es el gobierno legítimo y su identidad no resulta afectada por esos acontecimientos¹⁰².

Lo que hace legítimo a ese nuevo gobierno son las nuevas reglas que instaure en la medida en que son efectivamente obedidas. El nuevo gobierno no se mide por las reglas antiguas, sino por las nuevas. Esto significa que «se presupone la existencia de una nueva norma básica». En el caso, por ejemplo, de que una revolución pretenda abolir la monarquía e instaurar la república, la nueva norma básica da validez a la nueva constitución republicana. Sin embargo, si la revolución fracasa, el nuevo gobierno es ilegal, porque rige la primitiva norma básica que ampara la constitución monárquica¹⁰³. Esto es así porque, para Kelsen, la eficacia es condición de validez de las normas jurídicas. «Las normas de un orden jurídico positivo son válidas *porque* la norma fundamental, que constituye la regla de su producción, es presupuesta como válida, no por ser ella eficaz; pero aquéllas tienen validez sólo *cuando* ese orden jurídico es eficaz»¹⁰⁴.

A partir del triunfo de la revolución, según Olivecrona, la maquinaria legislativa vuelve a funcionar de nuevo, y las nuevas normas, dictadas de acuerdo a la nueva constitución, son automáticamente aceptadas como vinculantes. Con el tiempo, el ardor revolucionario se apagará, y es posible que la pobreza y la opresión se atenúen, pero la nueva constitución seguirá siendo eficaz si ha penetrado en los corazones de la gente¹⁰⁵.

¹⁰² Kelsen, H., *Reine Rechtslehre*, 2.^a ed., *op. cit.*, p. 222.

¹⁰³ *Ibid.*, pp. 214-215.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 219.

¹⁰⁵ *LF/I*, p. 69; *GS*, p. 80.

Esta idea no es nueva. Jellinek ya había hablado de la «fuerza normativa de lo real» para referirse a este fenómeno¹⁰⁶. En los orígenes del Derecho, afirma Jellinek, «en cada pueblo vale como Derecho ante todo lo que realmente es vivido como tal, y el ejercicio permanente de este Derecho crea la representación de que este ejercicio se conforma a una norma, apareciendo por consiguiente la norma misma como ordenación autoritaria de la comunidad, es decir, como norma jurídica»¹⁰⁷.

Los propios revolucionarios finalmente acabarán siendo apresados en las ruedas de la máquina que ellos mismos han creado. Tendrán que atenerse a las reglas que rigen su funcionamiento, so pena de hacer que sus normas resulten ineficaces. La razón está en que una vez que la gente se habitúa a un ordenamiento, cualquier cambio tiene que ser paulatino o gradual¹⁰⁸. Es una cuestión casi mecánica. El hábito viene a ser como el movimiento de cierto cuerpo. Una vez puesto en marcha, si nos valemos únicamente de su inercia, el cuerpo puede ser dirigido en un sentido o en otro, pero no podemos hacer que gire en cualquier ángulo—v. gr., en uno de 90°—sin detener el movimiento.

Ésta es la razón por la que los revolucionarios no abrogan todo el Derecho en vigor cuando acceden al poder, sino que, como dice Olivecrona, aprovechan el «inveterado hábito de obediencia a un conjunto de normas de gobierno como fuente de energía para la nueva constitución», «transfiriendo» tal actitud

¹⁰⁶ JELLINEK, G., *Teoría General del Estado*, op. cit., p. 333.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 334.

¹⁰⁸ *LF/I*, p. 70; *GS*, p. 81.

de un ordenamiento a otro. En el ejemplo de la central eléctrica, el profesor de Lund considera que puede definirse una revolución como «un proceso a través del cual un nuevo cauce es dado al río». Aunque a veces esto puede producir una catástrofe, paulatinamente, el río se acomoda a su nuevo cauce, y la vida surge de nuevo en las riberas¹⁰⁹.

Por ello no es posible trazar una nítida separación entre la legislación ordinaria y la legislación revolucionaria. Como ha dicho Ross, que sostiene una posición similar a la de Olivecrona, «desde un punto de vista cognoscitivo-descriptivo, y tal tiene que ser el punto de vista de la filosofía del derecho como actividad teórica, es imposible, sin embargo, distinguir entre un “orden jurídico” y un “régimen de violencia”»¹¹⁰. La razón está en que, para el profesor danés, la validez no es una cualidad objetiva del orden jurídico, sino expresión de la manera en que éste es vivido por un individuo, lo cual implica que el mismo orden puede ser jurídico para una persona y violento para otra. Al igual que para Olivecrona, para Ross el orden jurídico está compuesto de normas relativas al ejercicio de la fuerza¹¹¹.

Prueba de que no es posible trazar una clara distinción entre legislación ordinaria y revolucionaria—observa el profesor de Lund— es que los mismos legisladores constitucionales, en ocasiones se apartan tanto de la constitución, que llegan a interpretarla de un modo totalmente alejado del sentido original. Si las leyes son interpretadas por los jueces, la constitución lo es por

¹⁰⁹ *LF/I*, pp. 71-72; *GS*, pp. 82-83.

¹¹⁰ Ross, A., *Sobre el Derecho y la justicia*, op. cit., p. 55.

¹¹¹ *Ibidem*.

los políticos, cuyo único control es la opinión pública, que, además, puede ser manipulada por ellos¹¹².

VIII. EL PROBLEMA DEL DERECHO INTERNACIONAL

Si el Derecho depende de una organización que ha alcanzado el monopolio en un determinado territorio, ¿qué tipo de régimen se da entre las diversas organizaciones que rigen sendos territorios?

El Derecho internacional presenta una diferencia sustancial respecto del Derecho interno, porque aquél no es un «sistema de normas sobre el uso de la fuerza a través de una organización eminentemente poderosa». En el ámbito internacional no hay una tal organización. Lo que hay es un cúmulo de organizaciones armadas, que si han conseguido demarcar sus fronteras a través de la fuerza, de la misma manera las mantienen. Sólo por la guerra o por la amenaza de la guerra las fronteras son sostenidas. Esta fuerza no es en absoluto organizada. Antes, es usada en beneficio de los intereses particulares de cada organización¹¹³. No hay nada que se corresponda con la pena en el ám-

¹¹² *LF/I*, p. 72; *GS*, p. 83. Cfr. JELLINEK, G., *Teoría General del Estado*, p. 337-338: «La modificación de las fuerzas reales de las relaciones entre los órganos superiores del Estado, se infiltra en las instituciones mismas, aun cuando no se haya modificado una letra de la Constitución. No hay ley alguna en Inglaterra que haya introducido la forma de gobierno parlamentario. La prerrogativa regia no se ha modificado esencialmente por un Estatuto desde el *Bill of Rights*; pero la debilidad de la dinastía extranjera de Hannover y el poder efectivo del Parlamento, han ido originando lentamente la actual relación entre la Corona y la Cámara de los Comunes».

¹¹³ *LF/I*, pp. 193-194. Téngase presente que esto lo escribe cuando todavía no había sido creada la O.N.U. No obstante, dudamos que, de haber tratado de

bito internacional. Las medidas de fuerza ejercidas entre los Estados no están ordenadas regularmente por ningún órgano competente. El *castigo* depende de quién resulte vencedor en las contiendas¹¹⁴

Por lo que respecta a los tratados internacionales, la ausencia de una fuerza organizada determina en ellos un alcance diverso al de los contratos ordinarios. En el caso de que se incumpla un contrato, el perjudicado puede instar a los órganos competentes para que obliguen al deudor a cumplir con su parte. Pero esto no puede ser hecho en los tratados internacionales¹¹⁵.

Si, a pesar de ello, se sigue hablando de Derecho internacional—opina—, ello es en el sentido de un sistema de normas. Su objeto, en este caso, es regir las relaciones entre los Estados. Se trata de normas que han ido evolucionando; en parte a través de la costumbre y el uso, y en parte establecidas por los tratados internacionales. También aquí nos encontramos ante un conjunto de ideas acerca de la conducta humana expresadas imperativamente. Es verdad que el sistema de Derecho internacional no es tan coherente como el Derecho interno de un Estado moderno, pero esto es sólo una diferencia de grado¹¹⁶. Desde un punto de vista estrictamente normativo (*legal*)¹¹⁷, no hay dife-

ello tras su constitución, la hubiera considerado como un «organización eminentemente poderosa».

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 194; GS, pp. 203-204.

¹¹⁵ *LFI*, pp. 194-195; GS, p. 193.

¹¹⁶ *LFI*, p. 195; GS, pp. 206-207.

¹¹⁷ Traducimos «legal», que viene en la versión inglesa, por normativo, y no por jurídico, porque lo que especifica el Derecho para Olivecrona no es, en

rencias entre las normas de Derecho internacional y las de Derecho interno. Al abogado, en cuanto tal, lo que le interesa es qué conducta prescriben las normas y cómo se han de integrar sus eventuales lagunas. Lo mismo en Derecho interno que en Derecho internacional¹¹⁸.

Por ello, analógicamente—reconoce el profesor sueco—, no deja de tener sentido hablar de *Derecho* internacional. Si bien ambos órdenes normativos versan sobre la conducta de los particulares, la diferencia está en que las normas internacionales no tienen el aspecto de directivas a los funcionarios públicos sobre el ejercicio de la fuerza.

Hart llega a una conclusión similar. Admite, con Bentham, que el Derecho internacional es suficientemente análogo al Derecho interno, si bien únicamente—matiza—por lo que se refiere al contenido¹¹⁹. Hart y Olivecrona concuerdan en afirmar que el Derecho internacional y el Derecho interno difieren en la forma. Ambos rechazan también la idea de que el Derecho internacional carece de juridicidad porque sus normas no están respaldadas por la fuerza. Pero mientras que para Olivecrona el Derecho internacional difiere del Derecho interno porque sus normas no constituyen directivas sobre el ejercicio de la fuerza, para Hart, la diferencia fundamental radica en que el Derecho internacional carece de reglas de cambio y adjudicación que establezcan una

efecto, su normatividad, sino la organización de la fuerza. Atendiendo a esto último, no se podría decir que las normas internacionales son normas jurídicas.

¹¹⁸ *LF/I*, pp. 196-197; *GS*, pp. 207-209.

¹¹⁹ HART, H. L. A., *The Concept of Law*, *op. cit.*, p. 237.

legislatura y tribunales, amén de una norma de reconocimiento que especifique las fuentes del Derecho y proporcione criterios generales para la determinación de sus reglas¹²⁰.

Olivecrona insiste en que conviene desterrar el error de cifrar la juridicidad del Derecho internacional en un presunto poder metafísico de crear derechos y deberes, los cuales serían protegidos unilateralmente por los Estados. Sería el caso—explica—, de la guerra justa, que en el pensamiento de Grocio ocupa el lugar que la pena o la ejecución civil tienen en sus ramas correspondientes. Si bien hoy esta concepción no está vigente, se sigue pensando que también en lo internacional la fuerza garantiza el Derecho¹²¹. Esta es una suposición «ideológica», que, en su opinión, hay que eliminar. La función de los derechos y deberes en el ámbito internacional es bien distinta. Por un lado, crean ciertas inhibiciones ante el recurso a la violencia. Y, por otro lado, incitan directamente a la violencia.

Por lo que se refiere a las inhibiciones, éstas no son tan estables como lo puedan ser en Derecho interno, donde la presión de la fuerza aplicada regularmente es muy superior. Ésta es la razón por la que las ideas en este campo no son tan uniformes como las relacionadas con el Derecho interno, y acaban sirviendo para encubrir intereses particulares, que bajo capa de derechos, se revisten de un «halo absoluto»¹²².

¹²⁰ *Ibid.*, p. 214. *Cfr.* pp. 95 ss.

¹²¹ *LF/I*, pp. 197-199; *GS*, pp. 208-211.

¹²² *LF/I*, pp. 200-202; *GS*, pp. 211-214.

En otras ocasiones—aclara Olivecrona—sirven para todo lo contrario. La idea de ser titular de un derecho sirve también para eliminar las inhibiciones contra la violencia, y aun para incitar a ésta con el pretendido fin de *proteger* el derecho. La función psicológica de ésta es tremendamente importante. En primer lugar, la creencia de tener un derecho hace que veamos ciertas acciones como permitidas, desvinculadas de todo signo prohibitivo. Pero, además, esta creencia produce ciertos sentimientos. Escribe el profesor de Lund:

«La idea de tener un poder sobrenatural da lugar de modo natural a un sentimiento de fuerza, y la idea de que este poder tiene que afirmarse en la vida real inspira confianza»¹²³.

Por ello, se tiende a utilizar la violencia para reivindicar estos derechos, al contrario de lo que sucede en el Derecho civil y penal, donde las controversias pueden ventilarse institucionalmente¹²⁴. Como esto no sucede de manera satisfactoria en el plano internacional—al no haber una organización suprema capaz de imponerse por la fuerza a todo Estado—, éstos han de defender ellos mismos sus derechos. Por eso se acepta la legitimación de los Estados para hacer uso, en último extremo, de la «violencia». Ésta es la razón por la que todos los Estados mantienen fuerzas armadas. En estos casos, las ideas de derechos y obligaciones sirven para todo lo contrario que para mantener la paz. Es más, dice el profesor de Lund:

¹²³ *LF/I*, p. 203; *GS*, p. 215.

¹²⁴ *LF/I*, p. 203; en parte, *GS*, p. 215.

«De hecho, las ideas de derechos y justicia son parte del armamento de todo Estado»¹²⁵.

Por ello no tiene sentido pedir la supresión de la fuerza en las relaciones internacionales. Esto representa ciertamente un gran peligro. Ya se intentó con la creación de la Sociedad de Naciones y su sistema de seguridad colectivo. Su propósito consistía, según Olivecrona, en la «eliminación de la fuerza y sustitución por el Derecho». En aquel tiempo hubo una intensa propaganda en contra del uso de la violencia. Pero no dio los frutos esperados. La razón está, en opinión del profesor de Lund, en que de nada sirve la propaganda si no viene apoyada por la fuerza¹²⁶.

Por otro lado—añade—, los principios de la Sociedad de Naciones incluían otra idea, que estaba en franca contradicción con la abolición de la fuerza; a saber, la idea de las sanciones, o lo que es lo mismo, la idea de la guerra. Esto equivale a defender la paz mediante la guerra, lo que suscitó una gran confusión. A juicio de Olivecrona, es sólo la consecuencia del hecho cierto de que la fuerza es imprescindible. Renunciar a las armas es un riesgo enorme, pues no es fácil conseguir que todos los países renuncien a ella¹²⁷.

Según el profesor de Suecia, no ha habido ni un solo caso en que escriba en que el sistema de sanciones haya sido aplicado según las exigencias que se derivan del pacto. Cita el caso con-

¹²⁵ *LF/I*, pp. 204-205; *GS*, p. 217.

¹²⁶ *LF/I*, pp. 205-207; *GS*, pp. 217-219.

¹²⁷ *LF/I*, pp. 207-208; *GS*, pp. 219-220.

creto de la «crisis de Abisinia», en que las sanciones impuestas a Italia fueron mucho menores de lo que cabía esperar. En el fondo, la razón está en que no tiene sentido pretender que las sanciones internacionales sean aplicadas por Estados que nueve de cada diez veces ven comprometidos sus intereses en la causa (cosa que no sucede en el Derecho interno, donde existe personal especializado e independiente que dirime las disputas)¹²⁸.

En vista de todo ello, Olivecrona no cree aventurado el siguiente vaticinio:

«Si alguna otra vez—escribe—se llega a recurrir a la ideología de las sanciones—lo cual no parece que haya que excluir en el momento de escribir esto—, ello será con el fin de justificar una guerra que los intereses dominantes en la Liga [Sociedad de Naciones] consideren necesarios, los cuales nada tendrán que ver con el contenido del Pacto. El Derecho Internacional, los derechos afectados y las obligaciones impuestas por los miembros de la Liga serán entonces invocados para eliminar los reparos frente a la violencia, para estimular los sentimientos de fuerza y confianza—que proporcionan el fundamento moral de la guerra—y para conseguir aliados»¹²⁹.

Como es sabido, sin embargo, tal y como Alemania puso las cosas, no fue necesario recurrir a la ideología de las sanciones para justificar la guerra que había de venir.

¹²⁸ *LF/I*, pp. 208-209; *GS*, pp. 221-222.

¹²⁹ *Ibid.*, pp. 209-210.

CAPÍTULO OCTAVO

**VALORES, VALORACIONES Y CONOCIMIENTO
JURÍDICO. UN APUNTE CRÍTICO**

I. LA REFLEXIÓN DE OLIVECRONA EN TORNO A LA II GUERRA
MUNDIAL

Olivecrona escribió el prefacio de *Law as fact* en julio de 1939, cuando se estaba gestando la II Guerra Mundial¹. Y en mayo de 1940 escribió el prefacio de las versiones sueca (*Om lagen och staten*) y alemana (*Gesetz und Staat*). En ambas versiones aprovechó la ocasión para pronunciarse sobre el conflicto².

¹ En 1938, Hitler había anexionado Austria y una parte de Checoslovaquia, anexión que completó en marzo de 1939. En septiembre de ese mismo año conquista Polonia, que reparte con la U.R.S.S. Ese mismo mes, Francia y Gran Bretaña declaran la guerra a Alemania. Más adelante, ésta adquiere dimensión mundial.

² Para entonces, Rusia ya ha invadido Carelia; y Alemania, Dinamarca y Noruega. Precisamente en mayo, los alemanes se lanzan a conquistar Francia, de la cual toman gran parte, a lo que hay que añadir la invasión de Bélgica y los Países Bajos.

Para comprender este fenómeno bélico hay que partir de la base de que en las relaciones internacionales, según el profesor sueco, no se da, ni se puede dar, lo que denomina una situación de Derecho (*Rechtszustand*), la cual se caracteriza por el monopolio y control de la fuerza en determinado territorio. Tras la anterior Guerra mundial se pensaba—comenta—que esta situación se había alcanzado. Pero los nuevos acontecimientos parecen desmentirlo. Y se ha *vuelto*, según se dice, a tomar las armas³.

Esta manera de ver las cosas, para él, no es correcta. No es que se haya vuelto a las armas—observa—es que éstas nunca se han abandonado. Lo que sucede es que los vencedores de la I Guerra Mundial consiguieron tal dominio que se generó una sensación de seguridad. Pero ésta ha empezado a dejar de sentirse. Lo que ha sucedido es un desplazamiento en las relaciones de poder. No hay que perder de vista—señala—que en las relaciones internacionales la guerra es un elemento fundamental e insustituible. No es verdad, como se suele decir, que la guerra sea la continuación de la política por otros medios. Antes bien, la guerra es el principal medio de la política exterior de cualquier país⁴.

En opinión del profesor de Lund, estos acontecimientos permiten ver cómo la pretendida «seguridad colectiva» alcanzada tras la I Guerra Mundial ha desfallecido por completo con la primera gran prueba a la que ha sido sometida, lo que muestra que resulta ilusorio querer imponer la ley a través de pactos en-

³ *GS*, pp. 204-205.

⁴ *Ibid.*, pp. 205-206.

tre Estados. Éstos no tienen la virtualidad de ordenar establemente el uso de la fuerza⁵.

En efecto, no es una tarea sencilla vincular, por medio de un tratado, la conducta de los dirigentes de los Estados signatarios. Hay que tener en cuenta que cuando se trata del «bienestar» de los pueblos, sus gobernantes relativizan el valor de declaraciones solemnes, tales como las emitidas con ocasión de los pactos internacionales. Como sus conciudadanos, dichos gobernantes están sometidos a la presión de la maquinaria del Estado, y suelen observar sus leyes. Su «instinto social»—añade—les impulsa en el mismo sentido. Pero he aquí que dicha presión falta en el ámbito internacional. Por eso, lo que sucede es que los gobernantes procuran el bienestar de sus propias comunidades políticas frente a los intereses de otras comunidades. Ante esto, los tratados pueden convertirse fácilmente en papel mojado. Sin una organización supraestatal que pueda hacerlos cumplir no cabe pensar que los gobernantes de un Estado vayan a sentirse vinculados cuando su cumplimiento comporta serias desventajas⁶.

Si tenemos en consideración lo que se acaba de decir, las alternativas para los pueblos europeos son dos. Persistir en una situación de ajuridicidad, o crear una gran organización a costa de la soberanía de los Estados⁷. Dicha organización, en opinión

⁵ *Ibid.*, pp. 223-224.

⁶ *Ibid.*, pp. 224-226.

⁷ Recordemos que cuando Olivecrona escribe esto existía la Sociedad de Naciones, que, creada por el Tratado de Versalles en 1919, no había sido capaz de resolver satisfactoriamente los distintos casos de crisis internacio-

del profesor de Lund, habría de tener una estructura distinta a la de los Estados nacionales, pues su fundamento sería diferente. Cabe pensar—añade—en una federación, la cual, además de ordenar el uso de la fuerza, permite garantizar la diversidad nacional⁸.

Olivecrona considera absolutamente irrechazable tal organización. Por eso parece plantear su posibilidad como una necesidad acuciante:

«Es verdad—escribe—que bajo ninguna circunstancia está excluido que los pueblos puedan coexistir bajo una situación de ajuridicidad. Así ha tenido que ser en Europa desde antiguo. Esto, incluso, funcionó muy bien en cierto contexto. Pero hay que preguntarse con toda seriedad si tal contexto no ha variado hasta un punto en que la situación actual parece insoportable»⁹.

Tras la lectura de este texto, uno no puede dejar de apreciar cierta congoja en el ánimo del jurista sueco, que abandonando la preocupación por la pureza del análisis empírico, clama por la creación de una organización internacional que impida esta situación «insostenible». Se podría aquí acusar a Olivecrona de introducir valoraciones. Pero esto no sería sino un traspiés excusable, provocado por la opresión que ejerce en su espíritu la guerra que entonces comienza. Pensamos, sin embargo, que la in-

nales que desde aquella fecha habían tenido lugar. Evidentemente, tampoco pudo hacer nada frente a la II Guerra Mundial, que más bien significó su acta de defunción. La Sociedad de Naciones transfirió en 1946 sus misiones a la O.N.U., y desapareció jurídicamente en 1947.

⁸ *GS*, pp. 226-227.

⁹ *Ibid.*, p. 227.

coherencia tiene mayor calado. Primero, porque no va a ser la primera vez que deje escapar una valoración. Y, en segundo lugar, porque alcanza al mismo concepto de Derecho.

Adviértase que, según su doctrina, toda organización estatal presupone y requiere del Derecho; *a fortiori*, una organización internacional como la que propone. De aquí podría resultar que el Derecho sirva a una necesidad objetiva, la paz. Aunque el pasaje mencionado no permite llegar a afirmar esto con rotundidad, nos sirve como punto de partida para la investigación que vamos a llevar a cabo en el presente capítulo. ¿Tiene que ser el Derecho, en el propio pensamiento de Olivecrona algo más que un mero instrumento al servicio de fines eventuales?

Más adelante, el jurista sueco se pregunta si no serán incompatibles el grado de desarrollo al que ha llegado Europa tras la revolución industrial y la paz. Considérense las consecuencias que dicha revolución ha traído, tales como un aumento enorme de la población, el desarrollo de los medios de transporte, que han reducido enormemente las distancias, así como el desarrollo de la técnica bélica. Esto, en su opinión, ha echado por tierra la estructura política de Europa. En tal coyuntura, la guerras parecen difícilmente evitables. Así se pregunta:

«¿Se puede seguir igualmente manteniendo esto sin acarrear las terribles consecuencias que desde 1914 se han puesto de manifiesto: grandes guerras y breves pausas, que llevan el sello de crisis desastrosas y una inseguridad política duradera y espantosa?»¹⁰.

¹⁰ *Ibid.*, p. 228.

En su opinión, la respuesta es negativa. De ahí que sea preciso acabar con la división entre Estados soberanos y diseñar una organización supraestatal diferente. El camino viene allanado por la patética circunstancia de la guerra, pues la necesidad se hace mucho más urgente. El «bien común» de Europa—escribe—así lo exige:

«Ha de nacer un nuevo espíritu. Así como se ha aprendido que, para poder vivir en paz, individuos y clases tienen que subordinar sus intereses al bien común, se entenderá igualmente que las naciones han de subordinarse por el bien común de Europa»¹¹.

Se podrá o no estar de acuerdo con este razonamiento, pero no hay dudas de que se trata de un razonamiento práctico. A pesar de los fundamentos epistemológicos asumidos, en este punto, la razón práctica remonta el vuelo y se cierne ominosamente sobre el edificio conceptual armado por el jurista sueco. Ha llegado el tiempo en que «con toda seriedad»—dice—es preciso trascender la situación particular de cada Estado y, con esta perspectiva, sustentar una nueva organización política supraestatal que monopolice y canalice la fuerza hacia el bien común de Europa. Los Estados europeos, a juicio del profesor nórdico, «tienen que renunciar» a defender con las armas su propio egoísmo y a «colaborar» en una organización superior. Únicamente—añade—cuando este trabajo mancomunado dirigido hacia unos fines comunes se haga realidad, vivirán en paz las naciones europeas¹².

¹¹ *Ibidem*.

¹² *Ibid.*, pp. 228-229.

Si nos damos cuenta, de esto se desprende que aunque tales fines fueren contingentes la paz seguiría siendo necesaria. He aquí, pues, a lo que parece, no sólo un fin *en* el Derecho, sino un fin *del* Derecho.

El profesor de Lund anima a colaborar para «ofrecer seguridad y autoestima (*selbstgefühl*)» a los distintos pueblos que componen Europa. Y sentencia:

«Entonces, quizás se hará posible para Europa, disuelta en la anarquía, la antigua sabiduría de la ley sueca de Upland: *el país debe ser construido por medio de la ley*»¹³.

En resumen, Olivecrona no sólo valora—la situación le parece insostenible—, sino que, y esto es lo destacable, sienta las bases objetivas de un discurso jurídico al conectar conceptualmente el Derecho con los valores de paz y seguridad. Pero ¿no es esto hacer metafísica? Olivecrona parece apremiado por la guerra. La sentencia condenatoria está dictada. La guerra es mala y ha de ser evitada. Pero ¿no debíamos entender que toda valoración es puramente subjetiva, destilada en las turbias aguas del sentimiento? Queriendo pasar entre Escila y Caribdis, parece que el profesor sueco no sólo da en uno—y valora—, sino que también da en el otro—y hace metafísica. Esto plantea las dudas sobre si acaso no estrechó en exceso la perspectiva de su investigación.

No parece haber pensado lo mismo Olivecrona cuando, en la segunda edición de *Law as fact* porfia en su intento. Sin embargo, en esta ocasión afina más el rumbo, pues apenas es posi-

¹³ *Ibid.*, p. 229.

ble encontrar rastro de valoraciones o de consideraciones metafísicas sobre los fines del Derecho. Tengamos en cuenta que cuando aparece esta edición, son ya 25 los años de paz que, a pesar del desarrollo tecnológico y la falta de una estructura política fuerte, viene disfrutando Europa. Pero, debemos preguntarnos cómo es posible una paz sin una fuerza organizada, y si acaso no es aquélla un producto artificial.

Olivecrona no responde a ello: se limita a reconocer que tras la II Guerra Mundial ha vuelto a resurgir la doctrina del Derecho natural. Pero este fenómeno se explica, según él, por razones emocionales, y lo califica como una simple «moda»¹⁴. Por tanto, los 25 años de paz quedan sin explicación. Tal vez por ello, en esta nueva edición, sólo el Derecho interno forme declaradamente parte del objeto de su investigación, considerando que el Derecho internacional no es un supuesto central de Derecho, sino sólo colateral¹⁵.

No cabe duda de que en la segunda edición de *Law as fact* Olivecrona se muestra más coherente que en la primera y en *Gesetz und Staat*—a pesar de que, como dijimos, asume expresamente todo lo que había sostenido antes de esta segunda edición—. Sin embargo, si esta coherencia se obtiene a costa de callar sobre aquello que obliga a efectuar valoraciones, nos preguntamos si este silencio no tendrá en sí mismo mucho más de

¹⁴ *LF/II*, pp. 47 ss.

¹⁵ *LF/II*, p. 1. *Vid.* cap. II, ep. III de este mismo trabajo en relación con el cap. VII, ep. VIII.

valorativo y no obedecerá al ciego afán de mantener el método, aun a costa de la verdad¹⁶.

II. HACER UNA UNIÓN EUROPEA

Hemos visto que en el grave trance de la II Guerra Mundial Olivecrona se veía necesitado de realizar una serie de consideraciones en las que se ve de modo particular la necesidad de efectuar valoraciones. Esto se advertía en *Gesetz und Staat*, escrita en los albores de esta guerra. Existen escritos de la misma época en que Olivecrona tiene ocasión de pronunciarse de nuevo sobre las ideas vertidas en dicha obra. Éste es el caso de los opúsculos *England oder Deutschland*¹⁷ y *Europa und Amerika*¹⁸, de que nos vamos a ocupar a continuación. Se trata de ensayos que, a pesar de no ser citados en las bibliografías a que hemos tenido acceso, son una puesta en práctica de lo argüido por el jurista escandinavo en otras obras. Las valoraciones que en ellas se encuentran tampoco se apartan de las vertidas en *Gesetz und Staat*. No obstante, dado su carácter más bien ensayístico, evitaremos otorgar un peso excesivo a las conclusiones que se desprendan de su estudio.

Dichas conclusiones vienen dadas a través de sendas confrontaciones. La de Inglaterra y Alemania, por un lado, y la de

¹⁶ En este sentido, Serna ha destacado el carácter ideológico del cientificismo (SERNA, P., «Sobre las respuestas al positivismo jurídico», *op. cit.*, pp. 291 ss.).

¹⁷ *England oder Deutschland*, Lübeck, *op. cit.*

¹⁸ *Europa und Amerika*, *op. cit.* Como se vio, la edición original es de 1941, anterior, por lo tanto, a la guerra ruso-alemana.

América (EE UU) y Europa por otro lado Comenzamos con esta última, pues a través de ella es posible determinar las causas profundas de la guerra. En opinión del profesor sueco hay tres factores que explican, por un lado, la enorme prosperidad alcanzada por EE UU y, por otro, el fracaso de Europa, que cuando escribe estas líneas está sumida en una gran guerra.

Por lo que se refiere a EE UU, este país cuenta con las siguientes condiciones. 1.º) Una gran riqueza, que viene dada por unas provisiones alimenticias más que suficientes para abastecer a la población; gran cantidad de materias primas, como carbón, petróleo, hierro, cobre, etc.; recursos forestales, y una gran capacidad de producción industrial¹⁹. 2.º) Unidad política, la cual es de enorme provecho para la economía²⁰. 3.º) Situación geográfica: flanqueada por dos océanos, limita al norte con el pacífico Canadá, y al sur con el débil México, por lo que se puede decir que es bastante segura²¹.

Por el contrario, la situación europea es completamente distinta. 1.º) Además de contar con menos recursos que América, amén de un territorio más pequeño, su población es mucho mayor. Esto es particularmente relevante en relación con las materias primas. Si a pesar de ello, Europa alcanzó un alto nivel de industrialización, ello fue debido al predominio que ejerció en su momento sobre otras partes del mundo, como África y parte de Asia²². 2.º) Está dividida en numerosos Estados, divi-

¹⁹ *Europa und Amerika*, pp. 12-13.

²⁰ *Ibid.*, pp. 13-17.

²¹ *Ibid.*, p. 17.

²² *Ibid.*, pp. 18-20.

sión que se mantiene por medio de las fuerzas armadas y que limita el desarrollo económico²³. 3.º) Su situación no es tan ventajosa como la estadounidense, pues si por un lado limita al oeste con el océano Atlántico, por el otro lado limita con la Unión Soviética, la cual es inmensamente rica en recursos. Y detrás de ella está China, cuya enorme población crece amenazante²⁴.

Como se ve, Europa está en notable desventaja respecto de América, pero se puede hacer algo para mejorarla. Téngase presente que la división política es una cuestión de organización y no hay nada que impida modificarla. De hecho, la industrialización y el desarrollo de la economía han demostrado que aquella ha quedado anticuada. Las grandes ciudades que se han formado requieren un flujo constante de alimentos y materias primas, que en el momento en que se detenga puede dar lugar a un colapso económico. En esta situación precaria es fácil que surjan los conflictos bélicos entre los Estados que no pueden permitir que eso suceda²⁵.

Inglaterra tiene la ventaja del imperio, rico en materias primas, por lo que su situación no es tan crítica como la de Alemania, o incluso la de otros países, tales como Japón e Italia. Ésta es la razón por la que no debe extrañarnos que pugnen por controlar las fuentes de abastecimiento de dichas materias primas²⁶. Esta situación—afirma Olivecrona—es «insoportable». Ningún

²³ *Ibid.*, pp. 21-23.

²⁴ *Ibid.*, pp. 23-24.

²⁵ *Ibid.*, pp. 25-30.

²⁶ *Ibid.*, pp. 40-54.

Estado puede sentirse seguro en tales condiciones, y se ve obligado a destinar gran parte de sus recursos a prepararse para la guerra²⁷.

Una unión europea es, por todo lo anterior, necesaria. Escribe el profesor de Lund:

«Si nosotros los europeos no queremos depender de la voluntad de otros, entonces debemos necesariamente unírnos en un ámbito de abastecimiento único, con un Ejército suficiente y unificado que pueda contrastar la fuerza exterior»²⁸.

Volvemos a encontrar un razonamiento práctico. En el siguiente texto lo podemos apreciar con claridad:

«La necesidad de una unión europea podría después de todo ser reconocida casi con carácter general. Nadie que medite seriamente sobre estas cuestiones puede menos que afirmarla»²⁹.

Y más adelante dice:

«Los obstáculos podrían ser superados si uno se da cuenta de que la unidad es absolutamente necesaria, y que está en juego la vida o la muerte de los pueblos europeos»³⁰.

Una conclusión se impone:

«Tenemos [*wir müssen*] que armarnos de valor para superar las dificultades; tenemos que juntar nuestras energías en un gran esfuerzo

²⁷ *Ibid.*, pp. 59-61.

²⁸ *Ibid.*, p. 64.

²⁹ *Ibid.*, p. 65.

³⁰ *Ibid.*, p. 70.

por conducir nuestras vidas y las de nuestros hijos por caminos distintos de los que Europa ha seguido hasta ahora»³¹.

«Los europeos tenemos que aprender a comprender la necesidad de la comunidad, a conocer la peculiaridad de los otros pueblos y a respetarla, así como a considerarlos como hermanos en la gran familia de los pueblos»³².

Donde se aprecia que la fundamentación de una decisión no es tan irracional como *teóricamente* pueda parecer.

La cuestión es más bien cómo llevarla a cabo. Aquí se plantea la siguiente disyuntiva: Inglaterra o Alemania: ¿cuál de los dos debe regir el proceso? Para Olivecrona, el primero representa la defensa del antiguo orden, mientras que el segundo lleva consigo el germen de una profunda revolución³³. Contrariamente a la opinión mayoritaria de sus conciudadanos suecos, Olivecrona estima que el nuevo orden que representa Alemania está en mejores condiciones para conducir Europa. Así, escribe:

«El aventajado y poderoso pueblo alemán, con su antigua cultura, no está verdaderamente mucho menos autorizado que el inglés para conducir Europa. Es más, en realidad posee más altas condiciones para esta tarea»³⁴.

Valores como la paz y una economía estable pueden ser perfectamente asumidos por este país:

³¹ *Ibidem*.

³² *Ibid.*, p. 76.

³³ *England oder Deutschland*, p. 3.

³⁴ *Ibid.*, p. 4.

«Alemania posee señaladamente otras posibilidades reales totalmente distintas que Inglaterra para ofrecer a los pueblos europeos paz, orden, libertad de trabajo y una economía estable»³⁵.

Como decimos, Inglaterra representa el antiguo orden. Y los resultados de éste a la vista están. ¿Qué se hizo—se pregunta el jurista escandinavo—tras la conclusión de la I Guerra Mundial para establecer un orden pacífico y seguro? Él considera que nada. Los Estados se armaron sin control, y aumentó el riesgo de guerra. En relación con el fracaso de la Sociedad de Naciones piensa Olivecrona que éste se debió a que carecía de una organización de poder propia, de manera que no podía evitar que cada Estado mirara sólo por su propio interés³⁶. En realidad, sólo sirvió para crear la apariencia de que el peligro de guerra había disminuido, y de que se hizo lo que se pudo. En duros términos señala el profesor nórdico:

«Como opio para el Pueblo, se extendió la palabrería sobre el Derecho internacional bajo la protección de la Sociedad de Naciones»³⁷.

La paz sólo puede venir acompañada de la fuerza. Por eso es preciso que un gran pueblo guíe el proceso de unidad europeo. Los ingleses, en opinión de Olivecrona, tuvieron su oportunidad durante 20 años. Hay que tener en cuenta que su fracaso fue la consecuencia de carecer de una fuerza suficiente. Inglaterra en modo alguno es la nación más grande de Europa. Por otro lado, tiene que ocuparse de mantener su imperio, cosa que no es

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ *Ibid.*, pp. 5-7.

³⁷ *Ibid.*, p. 8.

fácil de hacer, y requiere un gran esfuerzo. Además, diversos factores—entre los que se cuentan «la absurda división de clases, el pertinaz sostenimiento de las posiciones de poder de las oligarquías nobiliarias y financieras, junto con una deficiente organización de la economía que conduce a un desempleo crónico de terribles dimensiones»—han socavado extraordinariamente su posición³⁸.

A Inglaterra—considera el jurista de Lund—le convenía que Europa estuviera sumida en disputas mientras ella se dedicaba a mantener su imperio, imprescindible para el sustento de su población, cuyas necesidades son mayores de lo que la pequeña isla puede producir. Por otro lado, su armada no es lo suficientemente poderosa como para permitirle la conducción unitaria del continente europeo. A lo que hay que sumar la vulnerabilidad aérea. En definitiva, a Inglaterra no le convenía que surgiera una nueva potencia europea. Esto, y no la invocada inmoralidad de los métodos del nacional-socialismo, es lo que ha determinado la entrada en guerra de Inglaterra³⁹.

¿Qué sucede, sin embargo, en el caso de Alemania? Observa el profesor sueco que a pesar de que en 1919 este país fue sometido a las más duras condiciones de paz, en 20 años no sólo ha levantado cabeza, sino que, a diferencia de Inglaterra y de Francia, que sufren fracaso tras fracaso, viene poniendo bajo el yugo países en una marcha imparable⁴⁰.

³⁸ *Ibid.*, p. 9.

³⁹ *Ibid.*, pp. 10-12.

⁴⁰ *Ibid.*, pp. 17-18.

En realidad—opina—, el Tratado de Versalles era un intento de impedir la connatural posición dominante de Alemania en Europa. Esta situación de sumisión del país germánico no podía durar: «todo el sistema estaba en contradicción—escribe—con las verdaderas relaciones de poder, y esto no podía durar». Así, después de su unificación, la anexión de Austria y los Sudetes, así como la reincorporación de la parte de Polonia habitada por germanos, Alemania vuelve a asumir su papel. Con la indispensable ayuda de los EE UU, dispone ahora del Ejército más fuerte que pudiera pensarse, y, tras el acuerdo con la Unión Soviética, ha logrado la hegemonía militar del continente, como se ha podido comprobar con la aniquilación del Ejército francés⁴¹.

Hay razones económicas para propugnar una Unión Europea. Sin embargo, lo que hace urgente un cambio es el permanente peligro de guerra que la división conlleva, peligro que hoy se ve acentuado por las posibilidades de destrucción masiva con el nuevo armamento. Los gastos militares se disparan y sólo los grandes Estados estén en condiciones de hacerles frente⁴². Todo ello aconseja un cambio político. Pero antes es preciso un cambio de mentalidad favorable a la unidad europea. Dice Olivecrona:

«Tenemos [*wir müssen*] que aprender a hacernos europeos. Tenemos que comprender que el tiempo de las guerras civiles europeas ha terminado y que el tiempo del trabajo en común debe [*soll*] comenzar.

⁴¹ *Ibid.*, pp. 18-20.

⁴² *Ibid.*, pp. 22-24.

Pero entonces tenemos también que comprender que la consolidación sólo puede hacerse alrededor de tal poder superior que es Alemania»⁴³.

He aquí de nuevo una conclusión deóntica. Sus premisas son dos. Una fáctica—la inestable situación europea—y otra axiológica—los valores de paz y seguridad—. Asumidos éstos, parece que la necesidad de instaurar la unidad europea es indiscutible: «cuanto más son conocidas con el tiempo las ventajas de la unión—escribe—, tanto mejor se realiza el trabajo en común»⁴⁴. Europa, en opinión de Olivecrona, no puede permitirse permanecer dividido. Discurso parecido se observa más adelante:

«Es una ilusión peligrosa considerar gratuita nuestra posición señalada [la de Europa]. Si ésta ha de ser duradera, es absolutamente imprescindible que Europa sea llevada a la unidad»⁴⁵.

Para ser un bloque poderoso del estilo de los EE UU o la Unión Soviética es preciso estar unidos. Alemania es la puerta hacia esta situación y representa, por tanto, un paso adelante⁴⁶. Pero un cambio político, en su opinión, no es suficiente. A la paz exterior hay que añadir la paz interior. En este sentido es perentorio resolver el problema de las diferencias de clase y crear una organización económica que oriente las posibilidades productivas «hacia el bien de todo el pueblo»⁴⁷.

⁴³ *Ibid.*, p. 25.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 26.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 27.

⁴⁶ *Ibid.*, pp. 26-27.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 28.

Ahora nos preguntamos: ¿se puede querer el mal de todo el pueblo? ¿Se puede querer la guerra y la inseguridad? De las premisas teóricas asentadas en la metodología olivecroniana, habría que concluir que no hay nada que lo impida. Pero no deja de ser señalable el hecho de que cuando una solución práctica es necesaria, el profesor de Lund asuma como prejuicios la necesidad del bien común, así como la realización de la paz y la seguridad. El corolario que se extrae es el siguiente: o bien la unidad europea no es necesariamente buena—si los valores son subjetivos—, o bien no lo es su metodología—pues no acepta conclusiones prácticas verdaderas—. Como dijimos, dado el carácter ensayístico de los opúsculos estudiados en este epígrafe, trataremos de averiguar si otras obras de carácter más científico permiten realizar la misma afirmación.

III. ¿HAY MÁS COSAS QUE SE DEBAN HACER? POSIBILIDADES DE FUNDAMENTAR EL DEBER JURÍDICO

De la obligatoriedad jurídica tratamos en el capítulo anterior. Entonces nos limitamos a exponer, siguiendo el hilo del discurso, el pensamiento de Olivecrona. Corresponde ahora contrastarla con otros datos presentes en varias de sus obras. El carácter crítico de esta operación hace que lo hayamos dejado para el final.

Conviene partir de la doctrina ya expuesta. Según el autor sueco, la filosofía jurídica se hace *valorativa* si parte de la suposición de que el Derecho tiene fuerza obligatoria. Ni que decir tiene que esto equivale a certificar la acientificidad del mencionado intento. Cuando se busca un fundamento adecuado para aquella fuerza, se acaba recurriendo a un «Derecho verdadero o ideal», que se entiende constituye la base o fundamento del De-

recho positivo. Según esta visión, no todo Derecho—en particular si es «tiránico»—, obliga realmente. Antes bien, el Derecho positivo se tendría que medir de acuerdo con sus principios fundamentales. Consecuentemente, la filosofía jurídica, para quienes comparten esta doctrina, tiene el fin de juzgar y dirigir la política jurídica. Es decir, «la misión filosófica esencial—escribe—será la misma valoración y la exposición de los principios derivados de ella»⁴⁸.

Como sabemos, Olivecrona desecha expresamente esta idea. Lo valorativo no pertenece al terreno de lo científico. Antes, pertenece al campo de lo emotivo y, por tanto, de lo irracional⁴⁹. El problema es que la obra del profesor sueco no está exenta de valoraciones. Oculta un entramado axiológico que nos proponemos ahora desvelar. De constatarse, no habría razón para negar la posibilidad de una argumentación práctica, que, según la naturaleza de los valores descubiertos, podría llegar a tener cierto carácter racionalmente objetivo⁵⁰.

⁴⁸ «Realism und Idealism», *op. cit.*, p. 120. Así, el Derecho natural moderno basa la fuerza obligatoria del Derecho en ciertos valores fundamentales que compelen a la obediencia de los hombres racionales, civilizados (*LF/II*, p. 49).

⁴⁹ Sobre la misión de la filosofía y la ciencia jurídicas, *vid. cap. II, ep. II*.

⁵⁰ El término «racional» está ausente en la obra olivecroniana. Aparece alguna vez como equivalente de razonable o de sensato; lo usa para referirse a la visión que entiende la obediencia a los mandatos como una cuestión de eficacia psicológica: *LF/II*, p. 124 (*speaking rationally*). Sin embargo el término «racionalista» tiene un sentido peyorativo. Así, califica de «extraña visión racionalista» la postura que sostiene que la declaración de voluntad de A actúe sin más, por el hecho de la mera declaración, en la voluntad de B

Expondremos ahora los diferentes argumentos en orden inverso a su grado de plausibilidad.

1. La justicia

Con la justicia sucede algo similar a lo que sucede con la validez. Olivecrona no lo considera un problema científico, y apenas dice nada de ella, a no ser de un modo incidental. Lo que vamos a tratar de hacer es de localizar los lugares en donde se habla de justicia y tratar de extraer algunas conclusiones. Hay que notar, en primer lugar, que si en un comienzo—en particular en la primera edición de *Law as fact*—, las referencias a la justicia son relativamente frecuentes, en la segunda edición de *Law as fact*, solamente aparece el término en una ocasión, y para referirse a la administración de justicia.

Para exponer la concepción olivecroniana de la justicia nos valdremos de la distinción que Legaz efectúa—siguiendo el lugar clásico sobre la que posteriormente se llamó analogía de atribución⁵¹—entre aquella justicia que se predica del hombre y aquélla que se predica de ciertas obras del hombre. «De un determinado comportamiento humano—escribe Legaz—se dice que es justo o injusto, y se llama justo al hombre que practica con frecuencia aquel comportamiento; pero también se califica de justa a una ley, o se dice que el orden social capitalista es un

(*LF/II*, p. 124). Y en este mismo sentido, para referirse a aquellos modos de presentar el derecho subjetivo como expresión representativa (*GS*, p. 102).

⁵¹Cfr. S. TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae* I, q. 13, a. 5, c.

orden injusto y debe ser sustituido por una ordenación más justa de la sociedad»⁵².

De acuerdo con esta distinción, podemos agrupar las consideraciones que hace Olivecrona sobre la justicia en torno a dos polos: lo que dice sobre la justicia de las acciones humanas—en particular de los jueces—y lo que dice sobre la justicia como ideal encarnado en el Derecho.

En relación con lo primero, el profesor nórdico afirma que hablar de «administración de justicia» en otro sentido que el meramente convencional⁵³—referido únicamente a la función judicial—es hacer metafísica. Los jueces no son justos ni injustos, porque la justicia es algo subjetivo. Los jueces—dice Olivecrona—no administran justicia, sino fuerza:

«Las afirmaciones de los tribunales en relación con los derechos y deberes son afirmaciones imperativas; a través de las cuales se dirige el uso de la fuerza por los funcionarios públicos»⁵⁴.

Conviene notar, sin embargo, que entre las condiciones establecidas por el profesor sueco para la interiorización de los imperativos independientes, se cuenta la necesidad de que éstos

⁵² LEGAZ Y LACAMBRA, L., *Filosofía del Derecho*, Barcelona, Bosch, 1979, p. 332.

⁵³ Es el sentido que usualmente le da él. Así, en *LF/I*, pp. 75 y 151, sin correspondencia en *GS*, donde se habla de «Rechtspflege»—que si bien se traduce en castellano por «administración de justicia», literalmente significa algo así como «asistencia jurídica» (p. 87)—, y «Gesetzanwendung», o «aplicación de la ley» (p. 149).

⁵⁴ *LF/I*, p. 128.

*no sean arbitrariamente aplicados*⁵⁵. Y entonces se plantea la siguiente cuestión: ¿qué es, pues, la justicia sino que la aplicación del Derecho no sea arbitraria; o dicho de otra manera, que dicha aplicación sea igual o proporcional? Es verdad que Olivecrona puede argüirnos que dicha necesidad es sólo un requisito de eficacia del Derecho⁵⁶. A lo que quizás podríamos objetar que en la medida en que, como se vio, el fundamento del Derecho radica en su misma eficacia⁵⁷, la justicia, si es ahora condición de eficacia del Derecho, se convierte en un elemento fundamental de éste. Parece, pues, inevitable que aparezca la cuestión de la justicia.

Veamos qué sucede desde el punto de vista de los valores que incorpora el Derecho. Observa el profesor de Lund que el problema de la legitimidad de la fuerza en el Derecho es considerado habitualmente en relación con su obligatoriedad y justicia. Pero este planteamiento, para él, carece de sentido. En su opinión son éstas meras cuestiones metafísicas, y el Derecho como hecho no puede relacionarse con algo que no tenga el

⁵⁵ *LF/I*, p. 155; *GS*, p. 152.

⁵⁶ Como decíamos arriba, intentando ceñirnos al espíritu de su obra, el movimiento regular que la maquinaria jurídica produce tiene una consecuencia mecánica inevitable, como es la inercia. Ésta impide alterar en gran medida el sentido de su marcha sin que el movimiento se detenga (sobre el fenómeno de la inercia, *vid.* cap. VI, ep. V.5 y cap. VII, ep. III.5 de este mismo trabajo). Por ello, un juez no puede modificar arbitrariamente los criterios conforme a los que aplica una misma ley. Esto generaría desconcierto, y podría desencadenar un efecto de desconfianza en las leyes.

⁵⁷ *Vid.* cap. VII, ep. III de este mismo trabajo.

mismo carácter fáctico⁵⁸. La única relación que puede darse es entre el Derecho y las *ideas* de justicia. Si bien existe normalmente—reconoce el jurista escandinavo—cierta armonía entre estos términos, esto es debido—añade—a que se entiende que el Derecho es «favorable a los deseos básicos de seguridad, salud, etc.»⁵⁹.

Olivecrona parece entender la justicia como una simple palabra que sirve para disfrazar intereses ocultos. Y éstos pueden ser manipulados por quienes están en las posiciones de poder, que tienen grandes facilidades para hacer que el «Derecho metafísico» encaje con la ley⁶⁰. Estos intereses pueden ser muchos, y vienen ellos mismos, a su vez, determinados por sentimientos humanos como el temor, el instinto de autoconservación, el instinto familiar, el deseo de venganza, el afán de poder, la compasión y otros. Todo esto, en su opinión, está en la base de las ideas de justicia, como también lo está en la base de las razones de oportunidad. En el fondo, justicia y oportunidad son lo mismo. La auténtica razón de ser de las normas jurídicas se encuentra en aquellas motivaciones profundas; aunque luego se aleguen razones de justicia o de oportunidad⁶¹. Por lo tanto, la cuestión no es qué razones de justicia o de oportunidad justifi-

⁵⁸ *Vid.* cap. VII, ep. II de este mismo capítulo.

⁵⁹ *LF/I*, pp. 169-170. Sin perjuicio de tratar de ello en su lugar: si estas cosas son deseadas, ¿no son valiosas? Antes de que se nos responda que incurrimos en la falacia naturalista, alegamos que los valores deseados pueden tener un carácter histórico y no absoluto, lo que no les priva de ser valiosos.

⁶⁰ *Ibid.*, pp. 170-171

⁶¹ *Ibid.*, pp. 163-164. Olivecrona expresa parecidas ideas en *GS*, pp. 163-166.

can las leyes, sino «qué clase de sentimientos e ideas han proporcionado los motivos para tal o cual legislación»⁶².

Sin embargo, la importancia de las ideas de justicia es mayor de lo que declara el jurista sueco. En este punto podemos recordar su afirmación sobre el papel que desempeñan en las revoluciones. Según Olivecrona, las revoluciones se producen con más facilidad—es decir, son más eficaces—cuando las normas del nuevo orden están mejor adaptadas a las condiciones económicas y a las ideas prevalentes de justicia⁶³. A su vez, las normas que suelen permanecer en este trance inmodificadas—o sea, que mantienen su eficacia—son precisamente aquellas que

⁶² *Ibid.*, p. 164; *GS*, p. 164. En el mismo sentido, en el ámbito internacional, entre los medios de que usan los Estados para conseguir sus propósitos, se encuentra el discurso de la justicia. Los intereses particulares del Estado se enmascaran bajo pretensiones de justicia: «A decir verdad—escribe—, las ideas de derechos y de justicia son parte esencial del armamento de todo Estado» (*LF/I*, pp. 204-205; *GS*, pp. 216-217). Ross subraya gráficamente la raíz emotiva de la justicia: «invocar la justicia es como dar un golpe sobre la mesa: una expresión emocional que hace de la propia exigencia un postulado absoluto» (ROSS, A., *Sobre el Derecho y la justicia*, *op. cit.*, p. 267). Y continúa, «es imposible tener una discusión racional con quien apela a la “justicia”, porque nada dice que pueda ser argüido en pro o en contra». Esto nos recuerda lo que ya había señalado STEVENSON sobre el desacuerdo de actitud, que sólo es posible superar mediante persuasión, y no por medios racionales (STEVENSON, C. S., *Ética y lenguaje*, *op. cit.*, p. 132). Según el profesor BJARUP, Stevenson ejerció influencia sobre Ross, pero Hågerström ya la había ejercido, a su vez, sobre el americano (BJARUP, J., *Skandinavischer Realismus*, *op. cit.*, p. 65).

⁶³ *LF/I*, p. 70; *GS*, p. 81.

mejor se adaptan a estas mismas condiciones⁶⁴. Pero, análogamente a lo que acabamos de observar, si el Derecho se fundamenta en su propia eficacia, y estas condiciones la hacen posible, ellas forman parte en cierta medida del fundamento del Derecho. No olvidemos tampoco, en orden a la importancia de este fenómeno, que Olivecrona señala desde un punto de vista historiográfico que la mayoría de veces, las constituciones de los países civilizados han sido originalmente establecidas por medio de la revolución o la guerra, es decir, por medio de la fuerza⁶⁵.

2. El Derecho natural

El Derecho natural es una doctrina superada para el profesor de Lund⁶⁶. Según él, sin la fuerza efectiva del Derecho positivo, el individuo busca naturalmente su propio interés y no la justicia: «relájese la presión [de la ley] en un punto—escribe—, y la oportunidad ofrecida será inmediatamente aprovechada»⁶⁷. En el orden social la naturaleza no tiene parte, pues aquél es enteramente un producto artificial. Leemos:

«Obviamente no podemos aceptar que haya inclinaciones naturales independientes de la presión ejercida por el Derecho para respetar precisamente este bastante azaroso orden que confiere gran bienestar sobre algunos de nosotros y extrema pobreza sobre otros»⁶⁸.

⁶⁴ *LF/II*, pp. 71, 104.

⁶⁵ *LF/I*, p. 66; *GS*, p. 76. *Vid.* cap. VII, ep. VII de este mismo trabajo.

⁶⁶ *Vid.* cap. III, ep. I.

⁶⁷ *GS*, p. 156.

⁶⁸ *LF/I*, p. 160.

Conviene notar, no obstante, que el jurista escandinavo tiene un concepto puramente emotivo del Derecho natural, pues lo relaciona sólo con las inclinaciones humanas interpretadas en términos meramente empíricos. Esto le lleva a decir que la existencia de ciertos sentimientos naturales—como el amor, la amistad, la compasión, el horror al sufrimiento y a la muerte—, que él confirma, no basta para impedir los homicidios, tal y como es necesario para la vida civilizada en una comunidad⁶⁹.

Dicho esto, podemos encontrar, sin embargo, un pasaje donde la naturaleza de las cosas actúa como criterio *racional* a la hora de emitir dictámenes morales. El pasaje dice así:

«Las posibilidades [de configurar voluntariamente la moral] se limitan, por una parte, mediante ciertos rasgos fundamentales de la naturaleza humana, y, por otro lado, mediante las condiciones de vida externas»⁷⁰.

Esto podría dar lugar a pensar que en la moral hay algo de natural, y que el Derecho se encontraría con un límite objetivo en su ámbito dispositivo. En efecto, si estamos tratando de «configurar voluntariamente una moral», necesariamente habremos de emplear la razón para hacerlo, y ésta parece estar orientada, a tenor del pasaje copiado, por unos criterios exteriores al sujeto

⁶⁹ GS, p. 157. En efecto, cuando se hace del Derecho natural algo empírico, su inconsistencia es obvia. De ahí, la gravedad de la confusión. Al respecto, *vid.* SERNA, P., «Modernidad, posmodernidad y Derecho natural: un iusnaturalismo posible», *op. cit.*, pp. 177 ss.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 45.

mismo, como son la naturaleza o las mencionadas condiciones de vida⁷¹.

No obstante, como no hay en Olivecrona otro texto semejante, y en atención al resto de consideraciones que hace Olivecrona sobre el Derecho natural, reconocemos el alcance limitado de estas observaciones.

3. Los fines del Derecho

Seguimos considerando maneras de fundamentar el deber jurídico sin salir de la obra de Olivecrona. Necesitamos algo más sólido que lo encontrado hasta ahora. Recordemos que cuando hablamos de la guerra, la paz y la seguridad parecían constituir objetivos realizables a través del Derecho. Vimos incluso cómo Olivecrona razonaba y sacaba conclusiones deónticas de ellos. Corresponde ahora confirmar esto: ¿hay fines objetivos que permitan fundamentar los deberes jurídicos?

Olivecrona respondería, como sabemos, que no. Para él, el Derecho tiene un carácter meramente instrumental, al servicio de quienes ocupan determinada posición clave en la sociedad. El fin del derecho, consecuentemente, es, en general, dirigir la conducta humana⁷². Evidentemente, este fin resulta demasiado amplio y sólo permite una caracterización formal del Derecho. Aquellos que están en las posiciones de poder no tienen, en principio, limitación alguna para utilizar el Derecho en función de cualesquiera fines. En consecuencia, no podemos discriminar

⁷¹ Otra cosa es que, según como se entiendan esa naturaleza y esas condiciones, el dictamen emitido sea o no correcto.

⁷² *Vid.* cap. VI, ep. I.

entre ellos. El siguiente razonamiento carece de sentido: «el Derecho no está para esto; luego este acto no es jurídico y no obliga».

Esto en teoría. Pero ahora vamos a ver que cuando Olivecrona tiene que explicar la actividad de los operadores jurídicos, no puede dejar de dar cuenta de que éstos efectúan necesariamente valoraciones, y de que éstas—esto sólo se trasluce—no son enteramente subjetivas. He aquí, por lo tanto, la dicotomía entre una aproximación externa, empírica y causal, y una consideración interna y teleológica que pugna por comparecer a los ojos incluso del observador más neutral. Pero vamos por partes. Olivecrona afirma la ausencia de fines objetivos en el Derecho. La argumentación jurídica, en consecuencia, sólo podrá ser racional en lo que pueda tener de discurso, pero nunca en los puntos de partida.

a) Punto de vista externo

No tiene sentido buscar el «fin del Derecho», afirma el profesor escandinavo. Éste no puede ser objeto de investigación científica. Por eso, toda afirmación sobre él es enteramente subjetiva, incluso si tal afirmación es compartida por muchos⁷³. Y añade:

«Ya se diga que el fin del Derecho es la felicidad individual, la grandeza del Estado o alguna otra cosa, tal afirmación no puede ser clasificada como verdadera o falsa. Nos gusta el “fin” o no nos gusta; lo buscamos, o no nos interesa, o aspiramos a él. Eso es todo»⁷⁴.

⁷³ «Law as fact», p. 543.

⁷⁴ *Ibidem*.

El conflicto de ideas en el debate sobre los fines, opina el profesor de Lund, pertenece a la lucha de clases, no a la ciencia. Las afirmaciones sobre el fin del Derecho no pertenecen al ámbito de nuestro conocimiento, sino que únicamente tienen como fin estimular la acción. «Solamente las ideas efectivas acerca del fin del Derecho son aquí objetos de investigación científica»⁷⁵.

La pregunta por un «fundamento absoluto del Derecho», si bien es «urgida por una necesidad científica», es necesariamente vana, y no puede ser respondida científicamente: he aquí, pues, el «dilema» de la filosofía del Derecho⁷⁶. Si el Derecho es obligatorio, necesariamente estamos urgidos a encontrar un fundamento último del Derecho⁷⁷, pero éste no es hallado, o por mejor decir, éste no puede ser hallado. Sólo hay una solución posible:

«Tenemos que volver—escribe—a aquel concepto que constituía el punto de partida de la discusión [el de fuerza obligatoria del Derecho, la cual se daba por supuesta]. La cuestión debería plantearse en el sentido de si realmente ha de considerarse que el Derecho tiene fuerza obligatoria [...]»⁷⁸.

En efecto, si este elemento es eliminado, las dificultades desaparecen. Si el Derecho es un conjunto de hechos sociales, no será difícil relacionar científicamente unos con otros y aban-

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ Porque, en efecto, la cuestión del fin del Derecho requiere una respuesta trascendente. Así, el arado no se explica sólo con relación a sus partes componentes (reja, timón y esteva), sino también haciendo referencia a su fin, que es labrar la tierra.

⁷⁸ «Law as fact», p. 544.

donar toda pretensión de ir más allá de los meros hechos. Como consecuencia, no será necesario un fundamento extraño al mundo natural⁷⁹.

Parece, pues, que la solución no está en resolver el problema, sino más bien en *disolverlo*. En el fondo, nos encontramos ante una renuncia a seguir preguntándonos cosas que, por incognoscibles desde un esquema epistemológico previamente adoptado, se dan por inexistentes. Esto lo debemos interpretar como un sacrificio en las aras de la ciencia empírica⁸⁰.

b) Punto de vista interno

Dijimos que el profesor sueco admite que los operadores jurídicos actúan como si los conceptos jurídicos tuvieran sentido. A esto llama punto de vista interno del Derecho⁸¹. Desde esta perspectiva, las valoraciones son «esenciales». Escribe el jurista sueco:

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ Donde se ve lo estrecho del análisis empírico del Derecho. De «visión superlativamente angosta» calificaba Recasens la perspectiva del realismo escandinavo (*Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, *op. cit.*, p. 311). A su vez, Ollero ha señalado irónicamente las limitaciones del realismo escandinavo, que resume en el título de uno de los epígrafes de su artículo «Un realismo a medias...», *op. cit.*, a saber, «todo lo que siempre quiso saber del Derecho y nunca deberá atreverse a preguntar». A juicio del profesor de Madrid, el realismo escandinavo se limita a mejorar la descripción física sin adentrarse en sus resortes últimos (p. 85).

⁸¹ *LF/II*, pp. 215-216.

«Para aquellos que comparten el punto de vista interno, la afirmación de que un enunciado es correcto contiene una referencia a valoraciones fundamentales»⁸².

Espigando, hemos encontrado referencias a legislador, juez, abogado y doctrina.

A partir de las consideraciones que realiza Olivecrona sobre el *legislador*, podemos inferir cómo razona. Podemos comenzar indicando que el profesor de Lund habla de diversas motivaciones que impulsan a los participantes en el proceso legislativo en su función. Particularmente señala el pensamiento de que determinada ley será «buena» para el país, el ansia de un provecho político o la mera rutina⁸³. Pensamos, sin embargo, que la razón no es ajena a este proceso.

Así, la actuación de quien quiere lo bueno para el país tiene que ir precedida por el siguiente razonamiento: «quiero lo bueno para el país; creo que esta disposición es buena para el país; luego quiero esta disposición». Del mismo modo, quien busca su provecho particular discurre de esta forma: «quiero lo bueno para mí; creo que esta disposición me favorece; luego quiero esta disposición». Por último, quien interviene rutinariamente ha tenido que decidir en cada caso no ser más diligente, en función, probablemente, de su propia comodidad, la cual actúa como un valor para él. En suma, en todo caso hay una opción en favor de un valor determinado. ¿Cómo, si no, hacer la siguiente elección, de que habla Olivecrona:

⁸² *Ibid*, p. 265.

⁸³ *Ibid*, p. 92.

«Todo aquel que participa en los actos legislativos tiene que elegir por él mismo entre contribuir o no a hacer que el proyecto se convierta en ley»⁸⁴.

Tomemos dos ejemplos, ambos utilizados por el profesor de Lund. En el primero, Olivecrona describe el proceso de elaboración de una nueva regulación de tráfico. El carácter valorativo y finalista de dicha actividad se hace patente cuando señala que su finalidad consiste en hacer el tráfico más fluido y menos peligroso⁸⁵. Esto equivale a reconocer que el agente no sólo actúa motivado o impulsado—como formando parte de un proceso de causalidad efectiva—, sino poniendo los medios para alcanzar aquel fin. Y esto sólo lo puede hacer la razón.

El otro ejemplo es similar. Se trata de la modificación de la ley hipotecaria. En este caso, hay que destacar que Olivecrona la considera realizada con el fin de adaptarla a las necesidades del tráfico jurídico moderno⁸⁶. Este fin fundamenta todo un proceso argumentativo que desemboca en una proposición. Por lo tanto, también de ella se puede decir que es el fruto de una actividad eminentemente racional. Adviértase que su racionalidad viene medida por un criterio objetivo, que forma parte de la realidad exterior al sujeto, como es el tráfico jurídico moderno, adaptarse a cuyas necesidades se ha estimado bueno.

Por lo que se refiere al juez, el margen que éste posee para valorar es menor, pero, como señala el jurista nórdico, hace algo

⁸⁴ *Ibid.*, p. 88.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 116.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 86.

más que aplicar mecánicamente la ley⁸⁷. La práctica del ejercicio judicial, en su opinión, es imposible sin valoraciones. Recordemos lo que decía al respecto:

«Al ser ejercido el poder del Estado a través del enjuiciamiento, un tribunal no puede obrar solamente sobre la base de consideraciones teoréticas. Hay también necesariamente un elemento de valoración»⁸⁸.

Los hechos, por sí solos, no son jurídicos. Es preciso que el juez considere que los hechos que las partes presentan ante él constituyen el supuesto de hecho de cierta norma. Por otro lado, también es preciso que el juez valore la ley y la jurisprudencia como vigentes y aplicables al caso. Y no hay que olvidar que la ley es general y que inevitablemente deja cierto margen que el juez debe colmar en el caso concreto⁸⁹. En resumen, el juez no sólo hace valoraciones, sino que no puede dejar de hacerlas. Ésta es la razón por la que, de alguna manera, se puede decir que el juez es el legislador de los casos concretos⁹⁰.

En cuanto al abogado, poco se habla de él, pero sí se hacen algunas referencias en la obra de Olivecrona. En primer lugar, parece que lo que lo distingue del juez es la parcialidad con que actúa. Dentro del margen de libertad que concede la ley, y sin perjuicio de los límites que la formación marca en todo jurista, éste—indica Olivecrona—no ha de hacer más que tomar aquellas interpretaciones más favorables a los intereses de su clien-

⁸⁷ *Vid.* cap. V, ep. II.6 de este mismo trabajo.

⁸⁸ *LF/II*, p. 212.

⁸⁹ *Ibid.*, pp. 212-214.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 109.

te⁹¹. El carácter argumentativo y valorativo de esta profesión se advierte cuando el abogado busca el camino más adecuado para defender los intereses de su cliente, algo que requiere el empleo de la razón y presupone una valoración favorable a aquella profesión o a estos intereses.

Finalmente, en cuanto a la *ciencia jurídica*, ésta se distingue, para Olivecrona, de otras disciplinas—como las ciencias políticas o la sociología—porque su objeto consiste en el contenido ideal de las normas jurídicas⁹². A partir de aquí, su misión es triple. Por un lado, determinar y sistematizar el contenido de la ley y las costumbres. Ésta es, a juicio del profesor de Lund, la tarea fundamental. También tiene como misión guiar al juez en los casos en los que no halle respuesta satisfactoria en la ley. Por último, se anticipa al legislador investigando los problemas de actualidad⁹³.

Vamos a detenernos un momento en la segunda de las funciones mencionadas, a saber: en la labor de guía al juez en los supuestos de oscuridad e insuficiencia de la ley. Hay que preguntarse: ¿de acuerdo con qué principios realizar esta labor de guía? Parece inevitable que la doctrina haga sus propias valoraciones. Esto lo reconoce expresamente Olivecrona:

⁹¹ *Cfr.* p. 264.

⁹² *GS*, pp. 47-50.

⁹³ *Ibid.*, pp. 50-51.

«Una afirmación acerca de lo que un juez tiene que hacer sólo se puede fundamentar con base en cierto fin que es considerado valioso»⁹⁴.

Y lo mismo con la tercera tarea enunciada: lógicamente, si se propone una novedad, ello es porque ésta se considera deseable. No se puede proponer determinada solución sin dar razón alguna de ella⁹⁵. A esta valoración hay que añadir otra. La ciencia jurídica da por supuesto que el Derecho debe ser obedecido⁹⁶.

Es chocante por ello—observa el propio Olivecrona—cómo existe en la doctrina una fuerte tendencia a rechazar explícitamente toda valoración. Se afirma que el jurista no debe realizar juicios de valor, pero esto parece poco realista. Según el profesor de Lund, es difícil ser consecuente con este postulado, porque son numerosas las cuestiones que surgen en la vida práctica a las que el jurista tiene que dar respuesta. Consciente o inconscientemente, ha de tomar partido por unas o por otras posibilidades de interpretación. Y como esto es inevitable—concluye—«es mejor reconocerlo claramente y no engañarse a uno mismo»⁹⁷.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 52.

⁹⁵ *Ibid.*, pp. 52-53.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 52.

⁹⁷ *Ibid.*, pp. 53-54. Esto enlaza con la jurisprudencia constructiva de Lunds-tedt, de que hablamos en el capítulo primero, que orienta la actividad jurídica de manera objetiva hacia el bienestar social, lo que permite justificar científicamente las decisiones jurídicas (*vid.* cap. I, ep. IV.2).

IV. ¿SE PUEDE CONSEGUIR UN ACUERDO SOBRE LOS FINES?

RUDIMENTOS DE UNA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN

Lundstedt afirmaba que toda actividad jurídica se dirige a la consecución del bienestar social. Por eso, para este autor, era científicamente legítima toda valoración basada en este fin. Sin embargo, hemos visto que para Olivecrona el Derecho carece de un fundamento absoluto, por lo que no cabe, en teoría, justificar una argumentación similar. Por esto decía el profesor de Lund que no se puede hablar de fuerza obligatoria del Derecho⁹⁸. Sin embargo, en *Gesetz und Staat*, menciona una serie de condiciones que si no eliminan la subjetividad axiológica, sí que la atenúan al permitir cierto acuerdo. Escribe en esta obra:

«Está claro que una persona normal que tiene interés en la comunidad en la que vive está influida en su consideración sobre los fines generales a los que aspira la ley mediante la opinión jurídica de su país y mediante las necesidades prácticas. Es más, cuando no es así, simplemente se elimina toda posibilidad de un resultado positivo»⁹⁹.

No es fácil saber a qué se refiere el profesor de Lund con las palabras «resultado positivo» (*positiven Leistung*). No obstante, del contexto parece desprenderse que está haciendo referencia a la posibilidad de un acuerdo sobre los fines de la ley. Olivecrona no dice que podamos llegar a la verdad práctica, pero reconoce que podemos alcanzar un resultado positivo, constructivo podríamos decir recordando la doctrina de Lundstedt. Las condiciones son las siguientes.

⁹⁸ Vid, ep. III.3.a) de este mismo capítulo.

⁹⁹ GS, pp. 54-55.

1.º) El que hace la valoración debe ser una «persona normalmente constituida» (*normal ausgerüsteter Mensch*). Como de lo que se trata es de emitir un dictamen, probablemente se refiera a su carácter razonable, a la necesidad de que quien juzga esté en perfecto uso de sus facultades mentales.

2.º) Dicha persona ha de tener interés en la comunidad en que vive (*Interesse für das Gemeinwesen*). Se presupone que una persona que tiene interés en su comunidad, cuando emite un dictamen sobre los fines de la ley, lo hará pensando en el bien de dicha comunidad; del mismo modo que si estuviera interesado en sí mismo, emitiría un dictamen en función de sus propios intereses.

3.º) Su opinión tiene que ser compatible con la «opinión jurídica de su país» (*allgemeine Rechtsanschauung*). Con este requisito introduce un elemento mediante el cual se atempera la subjetividad de la opinión individual, que, además de estar bien encaminada, debe enmarcarse dentro de unas bases compartidas por la comunidad jurídica.

4.º) Por último, dicha opinión tiene que tener en cuenta las «necesidades prácticas» (*praktischen Bedürfnisse*).

La admisión de una serie de requisitos para alcanzar un acuerdo sobre los fines de la ley es, sin duda, un paso adelante respecto del mero tomar nota de la existencia en la práctica jurídica de valoraciones. Ahora éstas pueden ser orientadas hacia fines ciertos.

Conviene no perder de vista, sin embargo—señala Olivecrona—, que los fines a que aspira la conciencia general son difusos, y a veces contradictorios entre sí. Es competencia de la

sociología mostrar y analizar cuándo y dónde entran en conflicto los distintos fines. Pero *no es necesario renunciar en nombre de la ciencia a adoptar un punto de vista propio*. Al tratar de problemas prácticos—añade el jurista sueco—, el sociólogo puede perfectamente realizar juicios de valor, siempre y cuando los presente como tales, sin pretender el amparo de la ciencia para certificar su veracidad¹⁰⁰.

Por eso hay que distinguir entre «libertad de valoración» y «liberación de la metafísica». Se puede valorar—dice Olivecrona—, pero no se debe hacer metafísica. Ésta, en su opinión, es un medio para expresar valoraciones bajo capa de juicios científicos. La confusión entre la libertad de valoración y la liberación de la metafísica es, a su juicio, peligrosa, porque conduce al peor de los resultados posibles. La metafísica permanece encubierta y renuncia a realizar valoraciones de modo abierto y consciente. Sólo si nos liberamos de la metafísica, podremos distinguir entre juicios de valor y afirmaciones sobre la realidad¹⁰¹.

En conclusión, la valoración se presenta como inevitable:

«La pretensión de no realizar juicios de valor—escribe—conduce en realidad a una limitación voluntaria que puede obstaculizar seriamente la iniciativa y la inspiración del trabajo científico»¹⁰².

Pero no puede constituirse en la regla general:

¹⁰⁰ *Ibid.*, pp. 55-56.

¹⁰¹ *Ibid.*, pp. 57-58.

¹⁰² *Ibid.*, p. 56.

«No puedo ver la libertad de valoración como un ideal de la ciencia jurídica, tanto menos para otras ciencias sociales, cuando se ocupan de la cuestión de cómo ha de ordenarse la comunidad en determinado aspecto»¹⁰³.

V. ¿HAY FINES INHERENTES EN EL DERECHO?

De lo que llevamos dicho se desprende que la observación de lo que sucede en la práctica acaba forzando a Olivecrona a admitir varias cosas. En primer lugar, que se obra por fines. En segundo lugar, que es posible un acuerdo sobre ellos. En tercer lugar, que eliminar la actividad valorativa puede obstaculizar el desarrollo de la ciencia jurídica.

Estas concesiones no deben sorprendernos. El Derecho es eminentemente una realidad práctica. Es difícil intentar una teoría aséptica y sostener un punto de vista externo cuando la realidad del Derecho se rige por reglas completamente distintas de las que marca la investigación empírica. La porfía del investigador en seguir investigando puede pasar por alto algunos de los problemas que surgen en la práctica jurídica. Pero el carácter problemático de ella acaba, a la larga, haciendo perder al investigador la compostura metodológica y tomar partido. Por eso, cuando la violencia de la II Guerra Mundial arrecia, Olivecrona dedica unas líneas a la paz. En el drama de la vida humana todos somos actores. No hay espectadores.

La exquisitez empiriológica decae por la índole misma del ser humano, que como ser coexistencial, se une para hacer frente a las necesidades de la vida y alcanzar sus aspiraciones. El más

¹⁰³ *Ibidem*.

absorto observador de la fauna fluvial, que recoge datos a la orilla del río, abandona inmediatamente sus papeles cuando alguien, arrastrado por la corriente, demanda su auxilio. La vida humana no es un «colage» de datos, que se ordena estadísticamente. La vida humana es acción. La misma investigación está al servicio de un fin básico humano, como es el conocimiento. Quien investiga valora el conocimiento como bueno¹⁰⁴.

Y siendo así las cosas, lo extraño es que aquellos productos que salen de las manos del hombre, como el mismo Derecho, no reflejen de alguna manera su propia estructura. Resulta difícil de aceptar que el Derecho, que está a nuestro servicio y sirve para dirimir nuestros conflictos, no tenga impreso en él la lógica de nuestras necesidades. Si la investigación está al servicio del conocimiento, ¿no estará el Derecho al servicio de algo? ¿Podemos descubrir fines en el mismo Derecho? De elucidarlo, pero sin salirnos de la obra de Olivecrona, nos ocupamos a continuación.

1. Protección de la vida humana y orden público

Que el Derecho es obra humana ya lo hemos ido viendo a lo largo de esta tesis. Esto se hizo particularmente claro cuando expusimos el proceso de producción normativa¹⁰⁵. Desde un punto de vista empírico, sólo acertamos a ver una sucesión de hechos. Vamos a mirar más de cerca el producto de dicho proceso, para tratar de determinar si no contiene algo más que un mo-

¹⁰⁴ En relación con el conocimiento como valor básico, *vid.* FINNIS, J., *Ley natural y derechos naturales*, *op. cit.*, pp. 91 ss.

¹⁰⁵ *Vid.* cap. VI, ep. V de este mismo trabajo.

delo de conducta y un signo imperativo. Es verdad que desde un punto de vista empírico poco más hay de relevante, pero he aquí que determinadas consideraciones de Olivecrona exceden del marco de lo legítimo en esta metodología.

En el pasaje que citamos a continuación, el profesor de Lund asocia la creación del Derecho con la profunda necesidad de escapar a las terribles consecuencias que la ausencia de un poder organizado puede traer. He aquí el texto:

«Las realidades que tenemos en mente cuando hablamos de un “imperio del Derecho” son un estado de cosas en que la monopolización y sujeción de la fuerza se ha conseguido de modo efectivo. La exigencia para tal estado de cosas *deriva su fuerza de una necesidad hondamente sentida*. El elevado valor en que se tiene el “reinado del Derecho” tiene su contrapunto psicológico en el *vago temor a las terribles consecuencias de la fuerza desatada*»¹⁰⁶.

El Derecho responde, por lo tanto a una necesidad objetiva, porque Olivecrona da por hecho que, sin Derecho, el hombre busca su beneficio a costa de los demás. Podemos citar, por ejemplo, el siguiente pasaje:

¹⁰⁶ *LF/I*, p. 180; *GS*, p. 190. Cursiva añadida. El aludido imperio del Derecho es designado como «reign of law» en la versión inglesa y «Rechtszustand» en la alemana.

«Si hacemos el experimento mental de eliminar la totalidad de las normas jurídicas, sólo permanece una desorganizada masa de personas»¹⁰⁷.

Es posible añadir varias citas más. Partiendo de lo que sucede a nivel internacional, Olivecrona afirma lo siguiente:

«El creciente armamento, las reiteradas guerras y la amenaza latente de guerra incluso en tiempos de paz formal son signos evidentes de lo que la ausencia de tal fuerza significa realmente. Elimínese la fuerza organizada dentro del Estado, y las consecuencias serán similares, sino más desastrosas»¹⁰⁸.

Todo esto recuerda a Hobbes¹⁰⁹. Pero Hobbes admitía que el Derecho se funda en una necesidad profunda (y objetiva) de la naturaleza humana. Su concepto del Derecho, aunque positivista, se establece «en virtud de un objetivo político, antes que co-

¹⁰⁷ «Realism and Idealism», p. 122. El hombre por naturaleza es *egoísta*: *LF/I*, pp. 166-168. Sobre la concepción olivecroniana del hombre, *vid.* cap. III, ep. 1.3 de este mismo trabajo.

¹⁰⁸ *LF/I*, p. 139. Asimismo, *LF/II*, p. 207, donde se habla de «necesidad imperiosa».

¹⁰⁹ Sirva a modo de ejemplo el siguiente texto: «Lo que, por tanto, se sigue de un tiempo de guerra, donde todo hombre es enemigo de todo hombre, eso mismo se sigue donde la gente vive sin más seguridad que la que es capaz de proporcionarle su propia fortaleza y su propio ingenio. En tales condiciones, no hay lugar para la industria; porque su fruto es incierto: y consiguientemente ninguna cultura sobre la tierra; ninguna navegación, como tampoco ningún bien que pueda ser importado por mar; ningún edificio confortable [...]» (HOBBS, Th., *Leviathan* (1651), en *The Collected English Works of Thomas Hobbes*, vol. III, Londres, Routledge/Thoemmes Press, 1997, p. 113).

mo fruto de una observación pretendidamente empírica»¹¹⁰. Otro texto que confirma lo necesario que es contar con un sistema jurídico es éste:

«Es tan fuerte la necesidad para ello [para la monopolización de la fuerza], tan ineluctable la urgencia de tenerla»¹¹¹.

El carácter imprescindible del Derecho se aprecia también cuando Olivecrona lo asocia con la necesidad de supervivencia. Así, llega a decir que el Derecho «es un instrumento sin el cual la gente no podría vivir»¹¹². En otro lugar encontramos la siguiente afirmación: «tal y como están las cosas en la sociedad capitalista, el Derecho y su aplicación regular es una condición para la existencia de todos nosotros»¹¹³. Y refiriéndose especialmente al Derecho penal, escribe: «penamos estos crímenes [asesinato, homicidio, agresión, etc.] por razones de pura autopreservación»¹¹⁴.

En resumen, por temor al desorden y por una pura cuestión de autopreservación, urge crear una organización que monopolice el uso de la fuerza y evite el caos y la muerte. La sociedad es un conglomerado de individuos por medio de una fuerza supe-

¹¹⁰ SERNA, P., «Sobre las respuestas al positivismo jurídico», *op. cit.*, p. 300. Como señala este autor, el concepto de Derecho en Hobbes no es descriptivo, sino normativo. Se establece en función de la tesis de la obediencia, y ésta sobre la necesidad de garantizar ciertos valores sociales, como el orden, la seguridad y la protección de la vida (*ibidem*).

¹¹¹ *LF/I*, p. 175.

¹¹² *LF/I*, p. 187.

¹¹³ *GS*, pp. 196. En el mismo sentido, *LF/I*, p. 175.

¹¹⁴ *LF/I*, p. 165.

rior que los mantiene unidos y en concordia. *El orden, la supervivencia y la protección de la vida de las personas, por lo tanto, son los primeros fines objetivos del Derecho.* Pero hay más.

2. Paz y seguridad

Con esa organización que monopoliza y canaliza la fuerza aparecen conectados los fines de paz y seguridad. La misma existencia de la comunidad jurídica no sólo depende del ejercicio efectivo de la fuerza, sino también de que la gente cumpla espontáneamente con sus obligaciones. Como vimos, un régimen basado únicamente en la fuerza es insostenible¹¹⁵. No hay otro modo de garantizar una convivencia pacífica a largo plazo, y sin ésta, la comunidad desaparece. Escribe Olivecrona:

«Es un presupuesto necesario de toda vida en comunidad que tales asociaciones [entre expresiones imperativas e ideas de acción] estén presentes igualmente en los miembros de la comunidad, y que sirvan de base para ciertos impulsos e inhibiciones que son necesarios para una convivencia pacífica [...]»¹¹⁶.

El profesor de Lund considera, como vemos, que no sólo la paz, sino una auténtica convivencia son necesidades de la comunidad. La conexión entre paz y orden también se puede apreciar en el pasaje que citamos a continuación. De modo similar a lo expresado en el texto precedente, en éste se habla de la necesidad de que vinculación externa—fuerza—y vinculación inter-

¹¹⁵ *Vid. cap. VII, ep. III.3 in fine.*

¹¹⁶ *GS*, p. 44.

na—actitud psicológica—coadyuven en el mantenimiento del orden diseñado por las normas jurídicas. Dice así:

«Este orden de cosas [la concurrencia de vinculación interna y externa] es, en realidad, la médula de toda organización social superior. Constituye [...] el presupuesto necesario para una convivencia pacífica [...]»¹¹⁷.

En otros lugares se habla del fin seguridad. En el pasaje que copiamos a continuación, la seguridad que, por sus características, el sistema jurídico está en condiciones de ofrecer aparece también como un «sentimiento necesario». Dice el profesor de Lund:

«La fuerza organizada ofrece también el necesario sentimiento de seguridad. Cuando se sabe lo estable y regularmente que es utilizado el medio de presión, se sabe también que se puede contar con mantener la posesión pacíficamente adquirida»¹¹⁸.

La conexión entre Derecho y seguridad no es nueva. Para Bentham, el principal objetivo del Derecho era precisamente la seguridad, mientras que el resto de objetivos, como la subsistencia, la abundancia y la igualdad los hacía depender de aquél¹¹⁹. En rigor, orden, paz y seguridad no son más que distintos as-

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 187.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 168.

¹¹⁹ BENTHAM, J., «Principles of the Civil Code», en *The Works of Jeremy Bentham*, J. Bowring (ed.), vol. I, Edimburgo, Tait, 1843, pp. 302-303, cit. por CRUZ, L., *Derecho y expectativa*, *op. cit.*, p. 248.

pectos o facetas de la misma realidad, pues no parece que puedan concebirse por separado¹²⁰.

Por último, añadimos un texto donde paz y seguridad parecen constituir presupuestos naturales de un razonamiento práctico favorable a la obediencia al Derecho. Paz y seguridad operan, pues, como dos razones para obedecer el Derecho. Dice así:

«Esto [la obediencia al Derecho] sucede tanto mejor en la medida en que los hombres advierten—o al menos sienten instintivamente—qué necesarias son las normas para el mantenimiento de la paz y la seguridad»¹²¹.

¹²⁰ En opinión de Montoro, la seguridad constituye una dimensión constitutiva del Derecho, de modo semejante a como sucede con aquellas magnitudes inseparables de las cosas, como el volumen y el peso. Esto implica, que desde un punto de vista histórico—no axiológico—el fin primario del Derecho haya sido la seguridad. En palabras de este autor, «ante una situación de desorden, de inseguridad, de lucha, lo primero que le preocupa e interesa al hombre desde un punto de vista vital, existencial, es acabar con la lucha y el desorden imponiendo orden, paz y seguridad» (MONTORO BALLESTEROS, A., *Sistema de teoría fundamental del Derecho*, t. I, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 206).

¹²¹ *GS*, pp. 152-153; *LF/I*, p. 155. En Ross, el carácter instrumental del Derecho respecto de la paz es claro: «El Derecho y la moral difieren considerablemente en cuanto a sus efectos en la vida social. Puesto que el Derecho es un fenómeno social, un orden integrado común que busca el monopolio de la fuerza, es siempre un orden para la creación de una comunidad, *para el mantenimiento de la paz*» (ROSS, A., *Sobre el Derecho y la justicia*, *op. cit.*, p. 63. *Cursiva añadida*).

3. Economía y bienestar

La monopolización de la fuerza, según el profesor de Lund, es también «absolutamente necesaria para la vida civilizada» y «una condición vital para las actividades económicas y culturales»¹²². No pueden obtenerse alimentos, ni vestidos, ni una vivienda si no hay una maquinaria económica sustentada a través del uso regular de la fuerza en que el Derecho consiste¹²³. Escribe Olivecrona:

«Es esta presión del Derecho la que hace posible que los productores puedan controlar adecuadamente los medios de producción: el granjero, su tierra; el industrial, su fábrica, etc. La producción no podría seguir si su posesión fuera interrumpida. El Derecho también es indispensable para el comercio. Nuestro tráfico intenso es inconcebible sin un Derecho que haga los contratos eficaces, es decir, prescriba la inflicción de medidas ejecutivas en caso de incumplimiento. Comercio, industria, construcción, etc. dependen, además, del sistema de crédito. Pero el sistema de crédito está basado en el Derecho, o en otras palabras, en el hecho de que la fuerza organizada esté puesta a disposición del acreedor para obtener el pago si fuera necesario»¹²⁴.

En el ámbito de las relaciones internacionales, si se quieren evitar fricciones y mantener abiertas las vías económicas y culturales es necesario que tales relaciones estén, asimismo, ordenadas. Hay fuertes motivos para respetar las reglas de Derecho

¹²² *LF/I*, p. 175. En parte, en *GS*, p. 175.

¹²³ *LF/I*, pp. 185-186; *GS*, p. 196.

¹²⁴ *LF/I*, p. 186; *GS*, p. 196.

internacional. Con ello se evita el caos. El comercio sería imposible si no se respetara la libertad del tráfico marítimo¹²⁵.

4. Sobre el carácter objetivo de estos fines

De lo anterior se desprenden las siguientes conclusiones. El Derecho, en tanto que sujeta y organiza la fuerza, tiene como consecuencia natural el orden social, el cual a su vez evita la lucha de todos contra todos. El resultado es, por un lado, cierta paz y la optimización de las posibilidades de supervivencia; y por otro lado, cierta seguridad, que es condición indispensable para el tráfico jurídico, y por lo tanto, para la optimización del bienestar.

Conviene, sin embargo, que insistamos en el origen que las normas jurídicas tienen en necesidades humanas básicas. En cuanto a las principales normas de Derecho penal y civil, éstas responden a la necesidad humana de sobrevivir y a otros intereses individuales del hombre. Acabamos de citar arriba el texto donde Olivecrona conecta la punición de ciertos crímenes—asesinato, homicidio, agresión, etc.—con la autopreservación. En la misma línea, algo más abajo, dice:

«En relación con el robo, la razón para la pena es obviamente la necesidad de hacer posible una posesión segura y duradera de la propiedad, que es una condición para nuestra subsistencia»¹²⁶.

¹²⁵ *LF/I*, pp. 195-196; *GS*, p. 207.

¹²⁶ *LF/I*, p. 165.

Para el profesor de Lund, las consecuencias de la supresión de las penas serían «insoportables para la vida material». En otro lugar dice:

«Es un hecho que nosotros los hombres sólo podemos vivir bajo cierto orden en que determinados comportamientos dañosos para la sociedad sean contundentemente rechazados y conectados con un mal»¹²⁷.

Pero si es así como dice, si las normas penales y civiles son derivación de profundas necesidades humanas, la coincidencia que señalábamos arriba entre esta clase de normas básicas y la moral¹²⁸ no es sólo consecuencia positiva de la acción constante de la maquinaria jurídica, sino más bien exigencia de la vida humana¹²⁹.

En el mismo lugar, dice a continuación

¹²⁷ «Das moralische Problem der Strafgesetzgebung», *op. cit.*, p. 410.

¹²⁸ *Vid.* cap. VI, ep. IV y cap. VII, ep. III.2 de este mismo trabajo.

¹²⁹ La relación entre Derecho y moral se explica en el siguiente pasaje: «Las normas son medios relevantes para formar los patrones morales. Sirven para imprimir del modo más efectivo aquellas concepciones morales requeridas para hacer posible la vida pacífica en la comunidad, para mantener la compleja organización económica en funcionamiento, etc. Necesitamos estas concepciones. Ésta es la razón por la que están impresas en la gente a través de la legislación. O, para decirlo más exactamente, los intereses de aquellos cuyos deseos determinan los contenidos del Derecho requieren cierto conjunto de concepciones morales, es decir, de ideas de imperativos independientes» (*LF/I*, p. 168).

«Por ello, las penas son también generalmente aceptadas como medio para los fines de la sociedad»¹³⁰.

Donde de una consideración estática de las normas jurídicas, que permite establecer unos mínimos que deben guardarse por las normas, pasamos a una consideración dinámica, más amplia, que nos permite vislumbrar una vocación de toda norma hacia fines de interés general. La presumible existencia de fines comunes queda reforzada por el siguiente texto:

«Con una concepción realista del mundo, la pregunta práctica sólo puede ser cómo la fuerza ha de ser utilizada para perseguir fines comunes»¹³¹.

En la misma línea se expresa en este otro lugar:

«Nuestro Derecho civil y penal no están contruidos sobre el principio de que la fuerza no ha de aplicarse, sino justo al contrario, sobre el principio de que la fuerza tiene que ser regulada y aplicada para alcanzar fines comunes»¹³².

Se excluyen, pues, los fines particulares o subjetivos de los legisladores. En el mismo sentido, en otro lugar escribe:

¹³⁰ «Das moralische Problem...», *op. cit.*, p. 410. Las condiciones que establece para que esto suceda son dos: que los intereses salvaguardados tengan la suficiente relevancia y que el delincuente «sea tratado como un hombre», pues «no todo medio es válido» (*ibidem.*). Como se puede observar, ambas consideraciones no pueden ser realizadas sin una metafísica o sin una ideología.

¹³¹ *LF/I*, p. 172; *GS*, p. 166.

¹³² *LF/I*, p. 208; *GS*, pp. 220-221.

«La primera y más esencial función de las normas jurídicas es regular el uso de la fuerza dentro de la organización estatal y su control efectivo para el beneficio de la comunidad. El resto de la legislación sobre el comercio, la educación, la salud pública, la seguridad social, etc. está condicionado al cumplimiento de la primera tarea»¹³³.

No vale, por lo tanto, cualquier organización de la fuerza, sino sólo aquella que está dirigida al «beneficio de la comunidad». Ésta es una coincidencia notable con la definición tomista de ley como «ordenación de la razón al bien común, promulgada por quien tiene el cuidado de la comunidad»¹³⁴.

Una última observación. Como se puede apreciar, la mayor parte de las citas que hemos efectuado se refieren a obras anteriores a la segunda versión de *Law as fact*. Consciente quizás del carácter estimativo de estas apreciaciones, Olivecrona decidió posteriormente eliminarlas. Sin embargo, en el prefacio de la segunda edición suscribe expresamente todo lo que dijo en la primera edición, que es donde se localiza, junto con *Gesetz und Staat*, el mayor número de las citas que se acaban de exponer. En sus memorias también da carta de validez a estas valoraciones¹³⁵, al confirmar la idea de que el monopolio jurídico de la fuerza es condición indispensable para la vida civilizada.

Finalmente, el carácter objetivo de estos fines se apoya también en la consideración que hace Olivecrona de las normas jurídicas como imperativos independientes. En la medida en que

¹³³ «Law as fact», p. 556.

¹³⁴ S. TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, I-II, q. 90, a. 3, c.

¹³⁵ «Memorie», pp. 18-19.

estos imperativos son subsistentes por sí mismos, los fines de paz y seguridad, que vemos incorporados en ellos, dejan de tener carácter subjetivo, pues están más allá de la psique del emisor o del destinatario.

VI. LA DETERMINACIÓN DEL CONTENIDO DEL DERECHO

Existe una discordancia entre las consideraciones que se acaban de realizar en el anterior epígrafe y el tratamiento formalista que el profesor de Lund hace de la cuestión del contenido de la ley, para el que no establece límite alguno. Esto es lo más que dice sobre el contenido de las normas jurídicas:

«El contenido de una norma jurídica—escribe—es una idea de la acción imaginaria del juez en una situación imaginaria»¹³⁶.

Su análisis es sólo psicológico. Desde este punto de vista, el contenido no es más que una representación mental. Pero esto es insuficiente, si es verdad que el Derecho tiende a ciertos fines, porque entonces estaríamos en condiciones de fijar el contenido de las normas. Hart ha dicho que todo el Derecho se explica en función de la supervivencia. Esto proporciona una ratio a la hora de determinar el contenido del Derecho¹³⁷.

El fin de la supervivencia también se halla implícito en la concepción olivecroniana del Derecho, como hemos visto. Por ello, desde un punto de vista lógico, no habría constituido ninguna operación ilegítima una conclusión como la de Hart. Antes bien, esto parece lo justo.

¹³⁶ *LF/I*, p. 28; *GS*, p. 18.

¹³⁷ HART, H. L. A., *The Concept of Law*, *op. cit.*, pp. 192-4.

Además, si es verdad que las normas jurídicas son ordenaciones al bien común, no hay ninguna razón para llamar jurídica a una norma que se oponga gravemente a dicho fin. El problema será determinar dicho bien común, pues ni desde el formalismo ni desde el empirismo parece esta determinación posible, lo que podría abocar a negar su objetividad. Sin embargo, si Olivecrona admite que éste se puede desglosar en otros bienes, como pueden ser la seguridad o el bienestar económico, eso significa que es posible determinar las necesidades humanas, y entonces allí donde haya una norma dirigida a proveer tales necesidades habrá una norma jurídica justificada¹³⁸.

VII. NORMA INJUSTA Y FUERZA OBLIGATORIA

El último corolario que cabría extraer de lo dicho apunta a que la norma que no garantizara estos fines, al carecer de justificación, no sería obligatoria. Asimismo, *a sensu contrario*, la norma que los acogiera como fin sería obligatoria. Algo así hace Hart cuando dice que si las normas jurídicas no garantizaran el fin básico de la supervivencia, no habría razón para obedecer voluntariamente las normas¹³⁹.

¹³⁸ Sobre esta justificación, *vid.* CARPINTERO, F., *Derecho y ontología jurídica*, *op. cit.*, pp. 129-131.

¹³⁹ HART, H. L. A., *The Concept of Law*, *op. cit.*, p. 193. Según este autor, hay un mínimo de Derecho natural que, como se ha indicado *supra*, dota de un contenido necesario al Derecho, al menos mientras la naturaleza humana no mute, posibilidad que deja abierta. Esto conlleva que no sería razonable crear normas contrarias a este núcleo mínimo. Con ello, Hart rebate «la tesis positivista que dice que “el Derecho puede tener cualquier contenido”. Porque—explica—es una verdad de cierta importancia que, para la correcta

Está claro que Olivecrona no comparte esta opinión. Como se dijo al comienzo del capítulo anterior, la obligatoriedad del Derecho es sólo una palabra¹⁴⁰. Desde un punto de vista exclusivamente empírico, no se puede justificar ningún comportamiento, sino sólo explicarlo. Pero aquí nos encontramos con la paradoja de que el Derecho sirve a unos fines, y aun así, éstos no lo justifican.

Es verdad que la justificación no tiene sentido desde un punto de vista empírico, pero tampoco lo tiene el hablar de fines. O se es consecuente con el empirismo y dejamos de hablar de fines del Derecho, o se es consecuente con el reconocimiento de ciertos fines y entonces justificamos las normas. Olivecrona habla de fines, pero no permite la justificación, con lo que no hace ni lo uno ni lo otro. Se halla, pues, en un callejón sin salida.

El problema, en el fondo, es metodológico, pero también vital. Todo el pensamiento de Olivecrona es fruto de un entusiasmo; el que experimentó cuando, siendo todavía alumno, asistió a los seminarios de Hägerström, que desde entonces habría de ser su maestro. Este hombre colmó con su filosofía el ansia de respuestas que a la sazón manifestaba el joven alumno,

descripción del Derecho y de otras instituciones sociales, es necesario acoger una tercera categoría de enunciados [...]: aquellos cuya verdad depende de que los seres humanos y el mundo en que viven conserven las características básicas que tienen en la actualidad» (*ibid.*, pp. 199-200). Una reflexión sobre las limitaciones de la concepción hartiana del derecho natural, en OLLERO, A., *¿Tiene razón el Derecho? Entre método científico y voluntad política*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1996, pp. 354-360.

¹⁴⁰ *Vid.* cap. VII, ep. II.

y le llevó a decidirse por la carrera universitaria, desde cuyas cátedras intentó divulgar y desarrollar aquel pensamiento en el campo del Derecho. Algo de definitivo debió de hallar en este pensamiento cuando concibió la historia de la filosofía del Derecho como una lenta evolución hacia el realismo, a cuya luz el mismo positivismo jurídico quedaba superado. Pero al final, como sucedió con el marxismo, la misma realidad ha demostrado que la historia se rige por otras leyes. Mientras en Berlín el famoso muro era derribado con gran aparato, más al norte, el frío aliento del olvido alcanzaba al realismo jurídico escandinavo, que yace hoy como un capítulo más en los libros de historia del pensamiento jurídico, de modo semejante al recuerdo de una especie extinguida, que tiene en el museo de ciencias naturales su sepulcro.

No queremos, sin embargo, terminar este trabajo con una glosa fúnebre. Por lo que se refiere a Olivecrona, es de justicia señalar sus mejores aportaciones al pensamiento jurídico: su temprana dedicación al tema del lenguaje jurídico; su tesis de la ausencia de una voluntad unívoca detras las normas jurídicas, y su análisis psicológico-social de la presión que el Derecho ejerce (debe ejercer) sobre los ciudadanos son ejemplos memorables.

CONCLUSIONES

1. Olivecrona asume como ideal científico el análisis empírico-crítico de los conceptos jurídicos fundamentales y la eliminación de la metafísica. Esta elección no es el resultado de una elaboración personal, sino algo recibido de su maestro, Hägerström. Para éste, en todo juicio es presupuesta la realidad de algo, y toda realidad viene determinada, en último extremo, por el contexto espacio-temporal. Ello equivale a proponer una reducción del mundo a los hechos empíricos, que postula como empresa la destrucción de la metafísica. Los principales instrumentos empleados para dicha empresa son el análisis del lenguaje, la psicología y la historia.

2. La perspectiva proporcionada por las bases metodológicas que acaban de mencionarse lleva a Olivecrona a organizar la historia de la filosofía del Derecho en tres etapas, representadas respectivamente por la teoría del Derecho natural, el positivismo jurídico y aquel conjunto de teorías que van acercándose progresivamente al ideal científico, es decir, a la ciencia jurídica empirista.

2.1. Pero este esquema no está justificado, porque tampoco lo está el pretendido carácter exclusivo del modelo de conoci-

miento empírico. Además son discutibles algunas de las interpretaciones particulares efectuadas por Olivecrona en orden a distribuir en cada etapa las diferentes escuelas y teorías. Por ejemplo, considera autocontradictorias algunas afirmaciones iusnaturalistas que él mismo estima lógicamente necesarias en otros lugares de su obra; y caracteriza el iuspositivismo a partir de una tesis que él mismo considera en otro lugar propia del iusnaturalismo.

2.2. Esta metodología conduce a estudiar el Derecho *como* hecho, es decir, presupone que el Derecho es un hecho, lo cual pone de manifiesto su dependencia de un contexto filosófico para el cual *sólo* hay hechos. Pero esta tesis ontológica es, en rigor, ilegítima desde sus propios postulados: no se pueden trazar los límites de lo real sin trascenderlos. Además, Olivecrona no sólo describe hechos, sino que los interpreta, y la interpretación no se limita a reflejar hechos ni es, en consecuencia, susceptible de demostración empírica.

3. El pensamiento de Olivecrona acerca del lenguaje jurídico descansa sobre dos presupuestos. Por una parte, una teoría empirista del significado, que lo vincula a un referente fáctico en todo caso. Ello le impide no sólo aceptar referencias que no sean factuales, sino también los denominados «hechos institucionales». Por otra parte, una concepción instrumental que reduce la función del lenguaje jurídico a la dirección de la conducta de la gente. Esto le obliga a negar la dimensión ilocucionaria. Dicha negación tiene como consecuencia la necesidad de admitir la absoluta contingencia del Derecho, lo cual es incompatible con su afirmación del carácter necesario de éste.

4. Los presupuestos anteriores impiden explicar los conceptos jurídicos cardinales. La posibilidad de hacerlo mediante la noción de «hechos institucionales» no cabe en el pensamiento de Olivecrona, porque aceptar este tipo de hechos le obligaría a admitir la existencia de entidades más allá de las coordenadas de espacio y tiempo, únicas que delimitan el ámbito de la ontología por él aceptada.

5. Olivecrona proyecta su concepción del significado y de la función del lenguaje jurídico sobre el concepto de derecho subjetivo.

5.1. El derecho subjetivo, para él, tiene también una función directiva y opera mediante un mecanismo psicológico, para cuya comprensión se remonta en la historia hasta los tiempos en que los pueblos estaban, según él, imbuidos de una cosmovisión mágica. Sin embargo, la relación entre Derecho y magia está muy lejos de ser demostrada en sus escritos.

5.2. Olivecrona sostiene que la expresión «derecho subjetivo» carece de significado, pero que la gente corriente lo asocia con la sensación de poder efectivo que lo acompaña. Esto, a pesar de ser una afirmación sobre los hechos, tampoco queda demostrado.

5.3. Afirma que el derecho subjetivo es un signo imperativo, esto es, una señal (semejante a las de tráfico) que sirve para canalizar la conducta social. Pero esta imperatividad queda en entredicho, desde el propio punto de vista empírico, en el caso de un derecho que no se puede ejercer. Resultaría poco realista, entonces, afirmar que dicho signo tiene carácter imperativo. Ahora bien, en tal caso, no podría predicarse el carácter impera-

tivo de ningún derecho desde cierto punto de vista, pues no cabe conocer a ciencia cierta si se podrá ejercer, salvo *a posteriori*, una vez ejercido.

6. Por lo que se refiere a la norma jurídica, ésta aparece en la obra del profesor sueco como un instrumento al servicio del control social.

6.1. Dicho control se lleva a cabo mediante la organización de la fuerza, que es lo que distingue las normas jurídicas de otras clases de normas. Coherente con su empirismo, Olivecrona no propone directriz alguna acerca del sentido de dicha organización de la fuerza.

6.2. La eficacia del Derecho está asociada a la vigencia de la constitución, originariamente asentada sobre un fundamento mágico-religioso. Los efectos de este fundamento perviven actualmente a pesar de que, en nuestros días, ya no existe vínculo alguno entre el Derecho y la religión o la magia.

6.3. Las normas jurídicas son imperativos independientes de la relación entre emisor y destinatario. Esta caracterización busca proporcionar cierta objetividad a su teoría, y alejarla de aquellas posiciones psicologistas que consideran que las normas jurídicas no son más que meras ideas en la mente humana. No obstante, entraña el riesgo de la contradicción que supondría verse obligado a reconocer carácter objetivo a todo elemento axiológico eventualmente incorporado al Derecho.

6.4. A pesar de ello, Olivecrona rechaza hablar de validez jurídica en términos axiológicos. En su opinión, el tema de la validez no es susceptible de tratamiento científico. Quienes han sostenido que en el pensamiento de Olivecrona hay sitio para el

concepto de validez—entendiendo ésta en el sentido de validez formal, de producción por el órgano competente conforme al procedimiento establecido—, no consiguen resolver satisfactoriamente el problema de la *desuetudo*.

6.5. No son determinantes, en cambio, las críticas a Olivecrona que denuncian a su teoría por ser incapaz de acoger determinados tipos de normas, como las que nacen de la sentencia o del acto administrativo, porque lo que caracteriza a los imperativos independientes no es su estructura lógica, sino su función. En este sentido, hay un imperativo independiente cuando la sugestión que ejerce en los destinatarios no depende de la relación personal entre emisor y destinatario, sino del aparato constitucional.

7. La obligatoriedad o «fuerza obligatoria» es, nuevamente, un término vacío que no se corresponde con ninguna realidad, pero que suscita determinado sentimiento de vinculación. Su origen está, asimismo, en la primitiva asociación entre el Derecho y la religión. Pero actualmente se mantiene por el concurso de distintos factores, principalmente la educación, la moral, el temor a las sanciones y la propaganda. Paradójicamente, todos estos factores remiten al Derecho como causa principal, de donde resulta una peculiar circularidad que requiere, desde los parámetros del pensamiento olivecroniano, una explicación análoga al fenómeno físico de la inercia. Más aún, cabe llevar al extremo dicha analogía, y concluir entonces la inevitable permanencia eterna de las creencias, que simplemente se limitarían a transformarse adoptando la forma de Derecho u otras formas en un proceso de conservación indefinido análogo al de la energía.

7.1. La antropología individualista de la que parte Olivecrona le lleva a la conclusión de que sin Derecho no hay sociedad, pues se requiere una fuerza superior que sobrepuje y ordene a la resultante de los instintos egoístas del hombre. Desde este punto de vista, el Derecho no es más que fuerza organizada y, consecuentemente, las normas jurídicas no son más que reglas sobre el ejercicio de la fuerza, que ofrecen una doble faz: la dirigida al funcionario que ha de administrar la fuerza y la dirigida al ciudadano, que será sancionado si contraviene el Derecho.

7.2. En este contexto, el Estado no es más que aquella organización que monopoliza el ejercicio de la fuerza en determinado territorio. Pero no puede pensarse como un poder unitario o soberano, sino como un conjunto de posiciones de poder.

7.3. Como ya se ha señalado, para Olivecrona, la pervivencia de la sociedad exige el Derecho. En ello se basa su crítica a la teoría marxista de la supresión del Derecho, y su visión de la revolución. Esta última no significa más que la sustitución de un régimen por otro, que requiere en un primer momento de un ejercicio mayor de la fuerza, pero que luego puede alcanzar la aceptación general valiéndose de los resortes psíquicos ya forjados en la mente de los individuos por obra de los órdenes jurídicos precedentes.

7.4. De forma coherente con lo anterior, Olivecrona estima que el orden internacional es inestable por la falta de una fuerza superior a la estatal, y que el Derecho internacional sólo es Derecho en sentido impropio.

8. El análisis olivecroniano de la norma jurídica y de los conceptos jurídicos básicos (fuerza obligatoria, o deber jurídico;

derecho subjetivo) es esencialmente desmitificador. La idea misma del Derecho y del Estado son el resultado de un proceso de depuración de los elementos «mágicos» que puede con toda justeza llamarse «desmitificador» o «desencantador». Ello es fruto de su peculiar ontología, que no deja espacio a otras realidades que no sean los objetos circunscriptibles en las coordenadas espacio-temporales. Pero también lo es de la negación de todo posible razonamiento en el campo de los asuntos prácticos (políticos, morales, jurídicos). Ahora bien, con ello no sólo consigue desmitificar los conceptos que estudia, sino también volverlos ininteligibles, cada uno en particular, y la totalidad de la práctica social del Derecho considerada globalmente. Esta última sólo se puede explicar por referencia a fines. Ahora bien, ¿cabe hablar de fines en un planteamiento teórico como el del autor sueco?

9. Hasta aquí la coherencia de Olivecrona. En sus escritos sobre la II Guerra Mundial y la necesidad de una unión europea, Olivecrona razona lúcidamente—discutible, pero lúcidamente—sobre asuntos prácticos y en términos prácticos. Así, la descalificación del orden internacional y del Derecho internacional, que le había llevado a denunciar la futilidad del sistema de la Sociedad de Naciones, hizo que la guerra no le sorprendiese, pero le llevó a propugnar la «necesidad» (práctica, se entiende) de una unión europea. En este punto, lo menos importante son los curiosos términos en que se propone dicha unión. Tampoco es particularmente destacable que las razones por las que descalificó el sistema de la Sociedad de Naciones hayan pervivido después y no se haya producido una nueva guerra. Finalmente, tampoco es decisivo que Olivecrona haya suprimido el tema del Derecho internacional en la 2.^a edición de *Law as fact*. Por el

contrario, lo más destacable de todo esto es que sus razonamientos sobre la guerra y la unión europea están plagados de referencias a la paz como *fin* del Estado y del Derecho. En el fondo, Olivecrona entiende el Derecho al servicio de la paz. Esto se aprecia no sólo en sus consideraciones sobre la guerra, sino también en su descripción de la actividad de los operadores jurídicos, que se nos muestran argumentando necesariamente. Al final, el Derecho parece estar claramente al servicio de necesidades humanas básicas como la paz, pero también la protección de la vida, la seguridad y el bienestar. Es decir, se establece una conexión ontológica directa entre el Derecho y el ser humano. Pero si esto es así, es decir, si hay fines objetivos en el Derecho y si se reconoce que es posible una argumentación racional a partir de ellos y se ejerce de hecho esa argumentación, entonces no se entiende que no sea posible hablar de un contenido necesario para el Derecho; que no se pueda justificar su obligatoriedad, y, finalmente, que no se pueda hablar de verdad/falsedad en sentido estricto, no meramente condicional, de los enunciados jurídicos, al menos de los que se refieren a los derechos y los deberes básicos.

10. En definitiva, el esfuerzo y el interés de Olivecrona por el tema del lenguaje jurídico resulta altamente estimable—sobre todo contemplado en perspectiva histórica—, pero lo señalado anteriormente aconseja no detenerse ahí, sino más bien intentar penetrar «el velo de misterio» de dicho lenguaje.

BIBLIOGRAFÍA

I. FUENTES

1. Obras de Olivecrona

a) Libros

The Acquisition of Possession in Roman Law, trad. de A. H. King, Lund, Gleerup, 1938.

Law as fact, Copenhagen-Londres, Einar Munksgaard-Humphrey Milford, 1939. Existe traducción castellana: *El Derecho como hecho*, trad. de G. Cortés Funes, Buenos Aires, Depalma, 1959. Hay una reimpresión: *Law as fact*, Londres, Wildy & Sons, 1962.

Om lagen och staten, Lund, Gleerup, 1940, traducido al alemán como *Gesetz und Staat*, trad. de E. Blauert, Copenhagen, Ejnar Munksgaard, 1940.

England oder Deutschland?, Lübeck, 1941.

Europa und Amerika, Berlín, 1943.

Der Imperativ des Gesetzes, Copenhagen, Munksgaard, 1942. Existe traducción castellana: «El imperativo de la ley», en *El Derecho como hecho* (1959), apéndice, *op. cit.*, pp. 169-197.

Das Werden eines Königs nach altschwedischem Recht. Der Königsritus als magischer Akt, trad. de Karl Wührer,

Lund, Gleerup, 1947.

Ideologie und Realität des Geldes, Lund, Gleerup, 1948.

Three Essays in Roman Law, Copenhagen, Munksgaard, 1949.

The Problem of the Monetary Unit, Nueva York, MacMillan Company, 1957.

Law as fact, Londres, Stevens & Sons, 1971. Existe traducción castellana: *El Derecho como hecho. La estructura del ordenamiento jurídico*, trad. de Luis López Guerra, Barcelona, Labor, 1980.

b) Otros trabajos

«Axel Hägerström», en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, germanistische (romanistische) Abteilung*, 1940, pp. 347-349.

«Zum Begriff des subjektiven Rechts. Bemerkungen zu Konrad Marc-Wogaus Kritik in *Theoria* 1940, s. 227 ff.», en *Theoria*, 7 (1941), pp. 46-52.

«*Animus possidendi* und Berührung beim Besitzerwerb», en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung*, 1942, pp. 462-463.

«Law as fact», en *Interpretations of Modern Legal Philosophies. Essays in Honor of Roscoe Pound*, Nueva York, Oxford University Press, 1947, pp. 542-557. Existe traducción castellana: «El Derecho como hecho», en AA. VV., *El hecho del Derecho*, Buenos Aires, Losada, 1956.

«Is a Sociological Explanation possible?», en *Theoria*, 1948, pp. 167-207.

«Realism and Idealism. Some Reflections on the Cardinal Point in Legal Philosophy», en *New York University Law Review*, 1951, pp. 120-131.

«Editor's Preface», en HÄGERSTRÖM, A., *Inquiries into the Na-*

ture of Law and Morals, Almqvist & Wiksell, 1953, pp. X-XXVII.

- «Some Reflections on the Present Status of Legal Philosophy», en *Actorum academiae universalis jurisprudentiae comparativae. Mémoires de l'académie internationale de droit comparé*, III, Istituto Italiano di Studi Legislativi, Roma, 1953, pp. 291-304.
- «The Present Status of Legal Philosophy in Sweden», en *Actorum academiae universalis jurisprudentiae comparativae. Mémoires de l'académie internationale de droit comparé*, III, Istituto Italiano di Studi Legislativi, Roma, 1953, 291-304.
- «“Corpus” and “Collegium” in D. 3.4.1», en *Iura*, 1954, pp. 181-190.
- «Zur Frage des magischen Charakters der älteren Rechtsvorstellungen», en *Kungliga Humanistiska Vetenskapssamfundets i Lund årsberättelse*, 1956-1957, pp. 1-15.
- «Das moralische Problem der Strafgesetzgebung», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1957, pp. 397-411.
- «Vilhelm Lundstedt», en *RIFD*, 1957, pp. 473-475.
- «The Legal Theories of Axel Hägerström and Vilhelm Lundstedt», en *SSL*, 1959, pp. 125-150.
- «Election and Creation», en *Studi in onore de Emilio Betti*, Milán, Giuffrè, 1962, pp. 383-388.
- «Legal Language and Reality», en *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, Indianápolis, Nueva York, Bobbs-Merrill Company Inc., 1962, pp. 151-191.
- «The Imperative Element in the Law», en *Rutgers Law Review*, 1963-64, pp. 794-910.

- «Vorwort des Herausgebers», en HÄGERSTRÖM, A., *Recht Pflicht und bindende Kraft des Vertrages nach römischer und naturrechtlicher Anschauung*, ed. de K. Olivecrona, Estocolmo, Almqvist & Wiksell, 1965, pp. 7-9.
- «The Concept of a Right According to Grotius and Pufendorf», en *Rechtsfindung. Beiträge zur juristischen Methodenlehre. Festschrift für Oscar Adolf Germann zum 80. Geburtstag*, Berna, Stämpfli & Cie., 1969, pp. 175-197. Existe traducción castellana: «El concepto de derecho subjetivo según Grocio y Pufendorf», en *El Derecho como hecho. La estructura del ordenamiento jurídico*, op. cit., apéndice, pp. 261-279.
- «Jherings Rechtspositivismus im Lichte der heutigen Rechtswissenschaft», en *Jherings Erbe. Göttinger Symposium zur 150. Wiederkehr des Geburtstags von Rudolph von Jhering*, Gotinga, Vandenhoeck & Ruprecht, 1970, pp. 165-176.
- «Das Meinige nach der Naturrechtslehre», en *ARSP*, 1973, pp. 197-205.
- «Appropriation in the State of Nature: Locke on the Origin of Property», en *Journal of the History of Ideas*, 1974, pp. 211-230.
- «Locke's Theory of Appropriation», en *The Philosophical Quarterly*, 1974, pp. 220-234.
- «An Insertion in Para. 25 of the Second Treatise of Government?», en *The Locke Newsletter*, 1975, pp. 63-65.
- «The Term "Property" in Locke's two Treatises of Government», en *ARSP*, 1975, pp. 109-115.
- «The Will of the Sovereign: Some Reflections on Bentham's Concept of "a Right"», en *The American Journal of Jurisprudence*, 1975, pp. 95-110,
- «A Note on Locke and Filmer», en *The Locke Newsletter*, 1976,

pp. 83-93.

«On the Problem of Law and Force in Recent Literature», en *RIFD*, 1976, pp. 548-552.

«Die zwei Schichten im naturrechtlichen Denken», en *ARSP*, 1977, pp. 79-103.

«Bentham's "Veil of Mystery"», en *Current Legal Problems*, Londres, 1979.

«Memorie autografe di K. Olivecrona», en *La realtà del diritto: antologia di scritti di Karl Olivecrona*, S. Castignone, C. Faralli y M. Ripoli, eds., Turin, Giappichelli, 2000.

2. Obras de otros autores del realismo escandinavo

HÄGERSTRÖM, A., *Das Prinzip der Wissenschaft. Eine logisch-erkenntnistheoretische Untersuchung. I: Die Realität*, Uppsala, Almqvist & Wiksell, 1908.

—, *Om moraliska föreställningars sanning*, Estocolmo, Bonnier, 1911, trad. como «On the Truth of Moral Propositions», en *Philosophy and Religion*, trad. de R. T. Sandin, Londres, George Allen & Unwin Ltd., 1964, pp. 77-96.

—, *Till frågan om den gällande rättsens begrepp*, vol. I, 1917, trad. como «On the Question of the Notion of Law», en *Inquiries into the Nature of Law and Morals*, trad. de C.D. Broad, Uppsala, Almqvist & Wiksell, 1953, pp. 56-256.

—, *Der römische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung*, vol. I, 1927.

—, *Inquiries into the Nature of Law and Morals*, trad. de C.D. Broad, Uppsala, Almqvist & Wiksell, 1953.

—, *Philosophy and Religion*, trad. de R. T. Sandin, Londres, George Allen & Unwin Ltd., 1964.

—, *Recht, Pflicht und bindende Kraft des Vertrages nach römischer und naturrechtlicher Anschauung*, K. Olivecrona

- na (ed.), Almqvist & Wiksell, 1965.
- , «Selbst-darstellung», *Die Philosophie der Gegenwart in Selbstdarstellungen*, vol. 7, ed. de R. Schmidt, Leipzig, Felix Meiner, 1929, traducida al inglés como *A Summary of my Philosophy*, en *Philosophy and Religion*, *op. cit.*, pp. 50-54.
- , «General View (Introductory chapter to the work: *Der römische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung*, I [1927])», en *Inquiries into the Nature of Law and Morals*, *op. cit.*, pp. 1-16.
- , «Är gällande rätt uttryck av vilja?», en *Festskrift tillÄgnad Vitalis Norström*, 1916, trad. al inglés como «Is Positive Law an Expression of Will?», en *Inquiries*, *op. cit.*, pp. 17-55.
- , «Begreppet viljeförklaring på privaträttens område», en *Theoria*, I (1935), traducido al inglés como «The Conception of a Declaration of Intention in the Sphere of Private Law», en *Inquiries...*, *op. cit.*, pp. 299-347.
- LUNDSTEDT, V., *Superstition or Rationality in Action for Peace? Arguments Against Founding a World Peace on the Common Sense of Justice. A Criticism of Jurisprudence*, Londres, 1927.
- , *Die Unwissenschaftlichkeit der Rechts-wissenschaft*, vol. I (*Die falschen Vorstellungen von objektivem Recht und subjektiven Rechten*), Berlín, Walter Rothschild, 1932; vol II (*Strafrecht. Vertragsrecht, Deliktische Haftung*), Berlín, Verlag für Staatswissenschaften und Geschichte, 1936.
- , *Le Droit de Gens, Danger de Mort pour les Peuples*, Bruselas, Éditions de la Phalange, 1937.
- , *Law and Justice*, Estocolmo, Almqvist & Wiksell, 1952.
- , «Law and Justice: a criticism of the method of justice», en *Interpretations of Modern Legal Philosophies. Essays in*

- honor of Roscoe Pound*, Nueva York, Oxford University Press, 1947, pp. 450-483, del que existe traducción al castellano: «El Derecho y la justicia: una crítica al empleo metódico de la valoración de justicia», trad. de Roberto J. Vernengo, en *El hecho del Derecho*, Buenos Aires, Losada, 1956, pp. 159-211.
- , *Legal Thinking Revised. My Views on Law*, Estocolmo, Almqvist & Wiksell, 1956.
- ROSS, A., *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis. Zugleich Prolegomena zu einer Kritik der Rechtswissenschaft*, Copenhagen-Leipzig, Levin & Munksgaard-Felix Meiner, 1933.
- , *Towards a Realistic Science of Law*, Copenhagen, Munksgaard, 1946. Existe traducción castellana: *Hacia una ciencia realista del Derecho. Crítica del dualismo en el Derecho*, trad. de J. Barboza, Buenos Aires, Abeledo-perrot, 1961.
- , *Directives and Norms*, Londres, Routledge, 1968. Existe traducción castellana: *La lógica de las normas*, trad. de J. S.-P. Hierro, Madrid, Tecnos, 1971.
- , *On Law and Justice*, Londres, Stevenson & Sons, 1958. Existe traducción castellana: *Sobre el derecho y la justicia*, trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Eudeba, 1994.
- , «On the Logical Nature of Propositions of Value», en *Th.* 1945, pp. 172-210.
- , «Tû-Tû», *Festschrift til Professor Henry Ussing*, 1951, traducido al inglés con el mismo título en *Harvard Law Review*, 70 (1956/57). Existe una versión castellana traducida del inglés por G. R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1976.
- , «Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law», en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1961,

pp. 46-88.

II. BIBLIOGRAFÍA SECUNDARIA

1. Fuentes clásicas

- ARISTÓTELES, *Metafísica*, IV, ed. trilingüe de V. García Yebra, Madrid, Gredos, 1982.
- TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, ed. latina, Madrid, BAC, 1978, vols. I y II.
- GROCIO, H., *De iure belli ac pacis libri tres*, J. F. Gronovio (ed.), Amsterdam, G. Fritsch, 1735.
- HOBBS, Th., *Leviathan* (1651), en *The Collected English Works of Thomas Hobbes*, vol. III, Londres, Routledge/Thoemmes Press, 1997.
- PUFENDORF, S., *De iure naturae et gentium*, G. Mascovius (ed.), Frankfurt, Minerva, 1967.
- LOCKE, J., *Two Treatises of Government*, P. Laslett (ed.), Nueva York, Cambridge University Press, 1988.
- BENTHAM, J., *A Fragment on Government* (1776), J. H. Burns y H. L. A. Hart (eds.), Londres, Athlone, 1977.
- , *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, J. H. Burns y H. L. A. Hart (eds.), Clarendon, Oxford, 1996.
- , *Of Laws in General*, H. L. A. Hart (ed.), Londres, Athlone Press, 1970.
- , *The Limits of Jurisprudence Defined*, Westport, Greenwood Press, 1970.
- SAVIGNY, F. C., *Von Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Berlín, 1814. Existe versión castellana: *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del Derecho*, trad. de A. G. Posada, Buenos Ai-

- res, Heliasta, 1977.
- , *System des heutigen römischen Rechts*, Berlín, Veit und Comp., 1840. Existe versión castellana: *Sistema del Derecho romano actual*, trad. de J. Mesía y M. Poley, Madrid, Centro Editorial de Góngora, [s. f.]
- , *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts* (Berlín, Bei Veit und Comp., 1851-1853), reimpr. Aalen, Scientia, 1987.
- AUSTIN, J., *The Province of Jurisprudence Determined*, Nueva York, Burt Franklin, 1861, reimpr. 1970.
- PUCHTA, G. F., *Das Gewohnheitsrecht* (Erlangen, Polmschen, 1828), Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1965.
- , *Cursus der Institutionen* (Leipzig, 1841), Goldbach, Keip, 1997.
- WINDSCHEID, B., *Lehrbuch des Pandektenrechts*, vol. I, 9.^a ed., reimpr. Th. Kipp (ed.), Aalen, Scientia, 1963.
- JERING, R. von, *El espíritu del Derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, trad. de la E. Príncipe y Satorres, Granada, Comares, 1998.
- , *Der Zweck im Recht*, 4.^a ed., Leipzig, 1904, reimpr. Hildesheim, Georg Olms, 1970.
- ZITELMANN, E., *Irrtum und Rechtsgeschäft: eine psychologisch-juristische Untersuchung*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1879.
- THON, A., *Rechtsnorm und subjektives Recht. Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre* (Weimar, Böhlau, 1878), reimpr. Aalen, Scientia, 1964.
- HOLMES, O. W., «Law in Science and Science in Law», en *Harvard Law Review* 12 (1899), reimpr. *The Collected Works of Justice Holmes*, vol. 3, Universidad de Chicago, Chica-

go, 1995.

MOORE, G. E., *Principia Ethica*, Cambridge University Press, 1903.

—, «The Refutation of Idealism» en *Mind*, 12 (1903).

—, *Ethics*, 8th impr., Londres, Home University Library, 1939. Existe versión castellana: *Ética*, trad. de M. Cardenal de Iracheta, Madrid, Encuentro, 2001

KELSEN, H., *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (2.^a ed., Tübinga, 1923), reimpr. Aalen, Scientia, 1984.

—, *Allgemeine Staatslehre*, Viena, Julius Springer, 1925, reimpr. Österreichische Staatsdruckerei, 1993.

—, *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, Charlottenburg, Pan-Verlag Rolf Heise, 1928.

—, *Reine Rechtslehre*, (2.^a ed., Viena, 1960), reimpr. Viena, Österreichische Staatsdruckerei, 1992.

—, *General Theory of Law and State*, Universidad de Harvard, 1945, traducida al español como *Teoría general del Derecho y del Estado*, trad. de E. G. Máñez, México, UNAM, 1995.

WITTGENSTEIN, L., *Tractatus logico-philosophicus*, trad. de la ed. inglesa de 1961 por D. F. Pears y B. F. McGuinness, Londres, Routledge, 1999.

—, *Investigaciones filosóficas*, trad. de la 3.^a ed. (1967) de A. García Suárez y U. Moulines, Barcelona, Crítica, 1988.

HART, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1994.

2. Estudios sobre el realismo escandinavo

ARNHOLM, C. J., «Olivecrona on Legal Rights. Reflections on the Concept of Rights», en *SSL*, 1962, pp. 11-31.

- , «Some Basic Problems in Jurisprudence», en *SSL*, 1957, pp. 9-50.
- BAGOLINI, Luigi, «Il problema dei valori in alcuni recenti scritti filosofici e giuridici», en *RIFD*, 1949, pp. 465-475.
- , «Aspetti della critica dei valori etico-giuridici nel pensiero contemporaneo», en *RIFD*, 1950, pp. 235-267.
- , Luigi, «Positivismo giuridico e analisi del linguaggio», en *RTDPC*, 1966, pp. 963-970.
- BJARUP, Jes, *Skandinavisk Realismus*, Friburgo/Munich, Karl Alber, 1978.
- , «Natural Law and Positivism: a Scandinavian View», en *Memoria del X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y filosofía moral*, México, UNAM, 1981, pp. 205-206.
- BOBBIO, N., «Ancora su diritto e forza. Replica al prof. Olivecrona», en *RIFD*, 1977, pp. 414-416.
- , «Diritto e forza», en *Rivista di Diritto Civile*, 1966, pp. 537-548.
- CASTBERG, Frede, «Philosophy of Law in the Scandinavian Countries», en *American Journal of Comparative Law*, 1955, pp. 388-400.
- CASTIGNONE, S., «Presentazione», en OLIVECRONA, K., *Il diritto come fatto*, Milán, Giuffrè, 1967, pp. VII-XVII.
- , «Il realismo giuridico scandinavo: principi teorici e proposte operative», en *Annali della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Genova*, 1974, pp. 568-580.
- , *La macchina del diritto. Il realismo giuridico in Svezia*, Milán, Edizioni di Comunità, 1974.
- , «Il diritto internazionale pericolo di morte per i popoli?», en *Sociologia del Diritto*, 1978, pp. 1-11.

- , «A proposito dell'irrealismo scandinavo», en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1984/2, pp. 471-473.
- , *Diritto, linguaggio, realtà. Saggi sul realismo giuridico*, Turín, Giappichelli, 1995.
- CATANIA, A., «Il diritto come organizzazione della forza», en *RIFD*, 1974, pp. 414-416.
- COHN, E. J., rec.de Law as fact. By KARL OLIVECRONA, Oxford University Press, 1939, en *The Modern Law Review*, 1942-43, pp. 175-176.
- D'AMATO, A., «The Limits of Legal Realism», en *Yale Law Journal*, 1977-78, pp. 79-105.
- DALBERG-LARSEN, J. W., «Modern Legal Science», en *SSL*, 1979, pp. 79-105.
- FARALLI, C., «Antropology and History in the Study of Law», en VARIOS, *Sociological Jurisprudence and Realist Theories of Law*, ed. de E. Kamenka, R. Summers y W. L. Twining, Berlín, 1986, pp. 375-388.
- , «Normative Institutionalism and Normative Realism. A Comparison», en *Ratio Iuris*, 1993, pp. 181-189.
- FRIES, M., «Das subjektive Recht und der Realitätsbegriff. Einige Worte anlässlich Docent Marc-Wogaus Bemerkungen gegen Professor Olivecronas Schrift "Gesetz und Staat" (Om lagen och staten)», en *Th.*, 7 (1941), pp. 135-140.
- HART, H. L. A., «Scandinavian Realism», en *Cambridge Law Journal*, 1959, pp. 233-240.
- HIERRO, Liborio L., *El realismo jurídico escandinavo. Una teoría empirista del derecho*, Valencia, Fernando Torres, 1981.

- HOERSTER, N., rec. de KARL OLIVECRONA, *Law as fact*. Second Edition. Stevens & Sons, London, 1971, en *ARSP*, 1975, pp. 269-271.
- JØRGENSEN, S., «Scandinavian Legal Philosophy», en *Sociological Jurisprudence and Realist Theories of Law*, *op. cit.*, pp. 289-304.
- JORI, Mario, «Il concetto di norma nella scienza empirica del diritto», en *RIFD*, 1972, pp. 55-78.
- , «Karl Olivecrona e il problema de la scienza», en *RTDPC*, 1976, pp. 732-760.
- KELSEN, Hans, «Eine "Realistische" und die "Reine" Rechtslehre. Bemerkungen zu Alf Ross: *On Law and Justice*», en *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, X (1959), pp. 1-25.
- LAGERQVIST ALMÉ, A., «The "Uppsala School" in Sweden. A Choice and its Consequences in a Changing Society», en *Sociological Jurisprudence*, *op. cit.*, pp. 323-334.
- MACCORMACK, G., «Law as fact», en *ARSP*, 1974, pp. 393-411.
- , «Scandinavian Realism», en *Juridical Review*, 1970, pp. 33-55.
- MARC-WOGAU, K., rec. de KARL OLIVECRONA, *Om lagen och staten* (Deutsche Ausgabe: Gesetz und Staat. Einar Munksgaard, København, 1940). Lund, Gleerup, 1940, en *Th.*, 1940, pp. 238-241.
- , «Über die Begriffe "bindende Kraft des Rechts", "Rechtspflicht" und "subjektives Recht". Bemerkungen zu Karl Olivecronas Kritik dieser Begriffe», en *Th.*, 6 (1940), pp. 227-237.
- , «Zum Begriff des subjektiven Rechts. Antwort auf die

- Bemerkungen Karl Olivecronas in *Theoria* 1941, S. 46 ff.», en *Th.*, 7 (1941), pp. 141-151.
- MARSHALL, G., «Law in a Cold Climate. The Scandinavian Realism», en *Juridical Review*, 1956, pp. 259-267.
- MARTIN, Michael, *Legal Realism. American and Scandinavian*, Nueva York, 1997.
- MAUTNER, T., rec. de *Law as fact*. By KARL OLIVECRONA (London: Stevens & Sons. 2nd edition 1971), en *Philosophical Quarterly*, 1972, pp. 179-180.
- MONTORO, A., «Notas sobre el realismo jurídico escandinavo: Derecho, efectividad e imperativismo jurídicos en Karl Olivecrona», en *Archivos de la Cátedra Francisco Suárez*, 1972, pp. 65-106.
- , «Sobre la superación del formalismo metodológico en el realismo jurídico nórdico: la doctrina de la interpretación de Alf Ross», en *Anales de la Universidad de Murcia*, 1974, pp. 275-320.
- , «Sobre la revisión crítica del derecho subjetivo desde los supuestos del positivismo lógico: notas sobre el pensamiento jurídico de Karl Olivecrona y Alf Ross», en *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, 1983, pp. 19-98.
- MORITZ, Manfred, «Philosophy of Law in Sweden», en *Contemporary Philosophy*, vol. 4, Florencia, La nueva Italia, 1971, pp. 135-143.
- NORBECK, L., «Karl Olivecronas rättsvetenskapliga produktion. Bibliografisk sammanställning», en *Festskrift tillägnad professor, juris doktor Karl Olivecrona*, Estocolmo, Kungl. Boktryckeriet. P. A. Norstedt & Söner, 1964, pp. 745-766.

- NYMAN, Alf, «Países escandinavos», en *Panorama del Pensamiento Contemporáneo*, Madrid, Guadarrama, 1959.
- OFSTAD, Harald, «Objectivity of Norms and Value Judgements according to Recent Scandinavian Philosophy», en *Philosophy and Phenomenological Research*, 12 (1951), pp. 42-68.
- OLSON, R. E. y PAUL, A. M., *Contemporary Philosophy in Scandinavia*, Baltimore-Londres, 1972.
- OLLERO, A., «Un realismo a medias: el empirismo escandinavo», en *Revista de Ciencias Sociales* (Valparaíso), 25 (1984), pp. 83-126.
- ORFIELD, L. B., «A Survey of Scandinavian Legal Philosophy», en *Wisconsin Law Review*, 1959, pp. 448-480.
- OXENSTIERNA, Gunnar, *Vad är Uppsala-Filosofien? (¿Qué es la filosofía de Uppsala?)*, Estocolmo, 1938.
- PATTARO, E., «Validità o verificabilità del diritto?», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1966, pp. 1005-1056.
- , «Riflessioni su Olivecrona», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1968, pp. 721-764.
- , «Diritto, morale e concezione realistica del diritto», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1970, pp. 986-999.
- , «Il realismo giuridico come alternativa al positivismo giuridico (Prefazione all'edizione italiana)», en OLIVECRONA, K., *La struttura dell'ordinamento giuridico*, trad. de E. Pattaro, Milán, Etas Kompas, 1972 pp. 1-55.
- , *Il realismo giuridico scandinavo. I, Axel Hägerström*, Bolonia, Cooperativa Libreria Universitaria Editrice, 1974.
- , «In ricordo di Karl Olivecrona», en *Rivista Trimestrale di*

Diritto e Procedura Civile, 1980, pp. 1520-1538.

—, «Olivecrona's Theory of Imperatives», en VARIOS, *Essays in Legal Theory in Honor of Kaarle Makkonen*, 1983, pp. 223-237.

—, *Lineamenti per una teoria del diritto*, Bolonia, Cooperativa Libreria Universitaria, 1985 (hay traducción al castellano: *Elementos para una teoría del Derecho*, Madrid, Debate, 1986¹).

—, «Sul realismo normativistico (Hägerström e Hart)», en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1985/2, pp. 327-344.

RODRÍGUEZ PANIAGUA, José M.^a, «La validez del Derecho desde un punto de vista jurídico, socio-psicológico y filosófico», en *Anuario de Sociología y Psicología Jurídicas*, 1975, pp. 49-61.

SANDIN, Robert T., «The Founding of the Uppsala School», en *Journal of the History of Ideas*, XXIII (1962), pp. 496-544.

SCHMIDT, Folke, «The Uppsala School of Legal Thinking», en *SSL*, 1978, pp. 151-175.

SEGERSTEDT, T., «The Uppsala School of Sociology», *Acta Sociologica*, I (1955), pp. 85 ss.

STRÖMHOLM, Stig, «Hauptströmungen der Schwedischen Rechtsphilosophie und Rechts-Theorie in der Nachkriegszeit», en *Rechtstheorie*, III (1972), pp. 35-61.

STRÖMHOLM, Stig y VOGEL, Hans-Heinrich, *Le «réalisme scandinave» dans la philosophie du droit*, París, Librairie

¹ No es un libro sobre el realismo jurídico escandinavo en sentido estricto, pero contiene una descripción muy considerable de la filosofía del Derecho de Hägerström, Lundstedt, Olivecrona y Ross.

- Générale de Droit et de Jurisprudence, 1975.
- STRÖMHOLM, S., «La teoria del diritto in Svezia», en *Legal Philosophical Library. Sweden*, ed. de E. Pattaro, Bolonia, 1980, pp. 39-49.
- SUNDBERG, J. W. F., «Civil Law, Common Law and The Scandinavian», en *SSL*, 1969, pp. 179-205.
- , «Scandinavian Unrealism: Co-report on Scandinavian Legal Philosophy», en *Sociological Jurisprudence and Realist Theories of Law*, op. cit., pp. 305-321.
- SUNDBY, Nils Kr., «Legal Right in Scandinavian Analyses», en *Natural Law Forum*, 1968, pp. 72-107.
- TAMMELO, Ilmar, «Contemporary Developments of the Imperative Thory of Law: a Survey and Appraisal», en *ARSP*, 1963, pp. 255-77.
- TARELLO, Giovanni, «Realismo giuridico», voz en *Novissimo Digesto Italiano*, XII, Turin, 1967, pp. 923-933.
- TODESCAN, F., rec. de OLIVECRONA, KARL, *Il diritto come fatto. A cura di S. Castignone. Milano, Giuffrè*, 1967, en *RIFD*, 1968, pp. 458-459.
- , «A proposito della validità giuridica in Olivecrona», en *RIFD*, 1968, pp. 631-640.
- , «Il fondamento del diritto nel realismo di K. Olivecrona», en *I fondamenti del diritto*, Padua, Ed. Gregoriana, 1969, pp. 191-196.
- TRENTMAN, John, «The Uppsala School and The New Logic», en *Journal of the History of Ideas*, 1967, pp. 445-450.
- VARIOS, *Il realismo giuridico scandinavo e americano*, ed. de S. Castignone, Bolonia, 1981.
- VOGEL, Hans-Heinrich, *Der skandinavische Rechtsrealismus*,

Frankfurt am Main, Alfred Metzner, 1972.

WRIGHT, A. LL., rec. de *The Problem of the Monetary Unit*. By K. OLIVECRONA (New York: Macmillan Constitución. 1957), en *The Philosophical Quarterly*, 1959.

WYDUCKEL, D. VON, «Recht und Rechtswissenschaft im Nachpositivistischen Rechtsrealismus», en *Sociological Jurisprudence and Realist Theories of Law*, *op. cit.*, pp. 349-365.

3. Otra bibliografía secundaria

ARA PINILLA, I., *Teoría del Derecho*, Madrid, Taller Ediciones JB, 1996.

AUSTIN, J. L., «Other Minds», en *Proceedings of the Aristotelian Society*, 20 (1946), pp. 148-187.

—, *How to do Things with Words*, Londres, Oxford University Press, 1962, pp. 14-15. Existe versión castellana: *Cómo hacer cosas con palabras: palabras y acciones*, trad. de G. R. Carrió y E. A. Rabossi, Barcelona, Paidós, 1990.

—, *Philosophical Papers*, Oxford, Clarendon Press, 1961.

AYER, A. J., *Language, Truth and Logic*, 1936. Existe traducción española: *Lenguaje, verdad y lógica*, trad. de M. Suárez, Barcelona, Martínez Roca, 1971.

BLANCO, S., *Positivismo metodológico y racionalidad política. Una interpretación de la teoría jurídica de C. S. Nino*, Granada, Comares, 2002.

BOBBIO, N., *Teoria della norma giuridica*, Turín, Giappichelli, 1958.

BUCHER, E., *Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis*, Tubinga, J. C. B. Mohr, 1965.

- CANNATA, C. A., «L'animo possidere nel diritto romano classico», en *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 26 (1960), pp. 71 ss.,
- , «Dalla nozione di "animo possidere" all' "animus possidendi" come elemento del possesso», en *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 27 (1961), pp. 46 ss.,
- CARNAP, Rudolf, «Überwindung der Metaphysik durch Logische Analyse der Sprache», *Erkenntnis*, II (1932). Existe traducción española: «La superación de la metafísica mediante el análisis lógico del lenguaje», en AYER, A. J., (ed.), *El positivismo lógico*, trad. de L. Aldama, U. Frisch, C. N. Molina, F. M. Torner y R. Ruiz Harrel, México, Fondo de Cultura Económica, 1986.
- CARPINTERO, F., *Una introducción a la ciencia jurídica*, Madrid, Tecnos, 1988.
- , *Derecho y ontología jurídica*, Madrid, Actas, 1993.
- , *Los inicios del positivismo jurídico en Centroeuropa*, Madrid, Actas, 1993.
- , *Historia breve del Derecho natural*, Madrid, Colex, 2000.
- , *La cabeza de Jano*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, [s.f.].
- CORTÉS FUNES, Gerónimo, Presentación a *El Derecho como hecho* (1959), *op. cit.*
- CRUZ, L. M., *Derecho y expectativa. Una interpretación de la teoría jurídica de Jeremy Bentham*, Pamplona, Eunsa, 2000.
- CHRISTENSEN, N. E., *On the Nature of Meanings. A Philosophical Analysis*, Copenhagen, 1961, pp. 91 ss. Existe versión castellana: *Sobre la naturaleza del significado*, trad. de J. C. García Borrón, Barcelona, Labor, 1968.
- D'ORS, A., *Derecho y sentido común. Siete lecciones de derecho natural como límite del derecho positivo*, Madrid, Ci-

vitas, 2001.

ENGISCH, K., *Introducción al pensamiento jurídico*, trad. de E. Garzón Valdés, Granada, Comares, 2001.

FASSÒ, G., *Historia de la filosofía del Derecho*, trad. de J. F. Lorca Navarrete, Pirámide, Madrid, 1988.

FERNÁNDEZ BARREIRO, A. Y PARICIO, J., *Fundamentos de Derecho privado romano*, 2.^a ed., Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1993.

FINNIS, J.M., *Ley natural y derechos naturales*, trad. de C. Orrego, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000.

FREGE, G., «Über Sinn und Bedeutung», en *Zeitschrift für Philosophie und philosophische Kritik*, 100 (1892), pp. 25-50. Existe traducción castellana: «Sobre sentido y denotación», en *Lógica y semántica*, trad. de A. Gómez Lobo, Universidad de Valparaíso, Ediciones Universitarias, 1972, pp. 47-75.

GARCÍA RUIZ, L., *Derecho, intereses y civilización. El pensamiento jurídico de Roscoe Pound*, Comares, Granada, 2002.

GEIGER, Th., *Über Recht und Moral. Streitgespräch mit Uppsala*, Berlin, 1979. Existe traducción española: *Moral y Derecho. Polémica con Uppsala*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Barcelona, Alfa, 1982.

HERVADA, J., *Historia de la ciencia del derecho natural*, Pamplona, Eunsa, 1987.

———, «Lo nuevo y lo viejo en la hipótesis “etiamsi daremus” de Grocio», en HERVADA, J., *Escritos de derecho natural*, 2.^a ed., Pamplona, Eunsa, 1993, pp. 421-447.

———, «Esencia del matrimonio y consentimiento matrimonial», en *Escritos de derecho natural*, op. cit., pp. 471-517.

JELLINEK, G., *Teoría general del Estado*, Granada, Comares, 2000.

- KALINOWSKI, G., *El problema de la verdad en la moral y en el Derecho*, trad. de E. Marí, Buenos Aires, Eudeba, 1979.
- KAUFMANN, A., «Sobre la argumentación circular en la determinación del Derecho», en *Persona y Derecho*, 29 (1993), pp. 11-31.
- , «Concepción hermenéutica del método jurídico», en *Persona y Derecho*, 35 (1996), pp. 11-38.
- , *Negativer Utilitarismus. Ein Versuch über das bonum commune*, Munich, Bayerischen Akademie der Wissenschaften, 1994.
- LARENZ, K., *Metodología de la ciencia del Derecho*, trad. de la 4.^a ed. alemana (1979) de M. Rodríguez Molinero, Barcelona, Ariel, 1994, p. 91.
- LEGAZ Y LACAMBRA, L., *Filosofía del Derecho*, Barcelona, Bosch, 1979.
- LÓPEZ CALERA, N. M., *La estructura lógico-real de la norma jurídica*, Madrid, Editora Nacional, Madrid, 1969.
- MACCORMICK, N., «Law as an Institutional Fact», en *Law Quarterly Review*, 90 (1974), pp. 102-129. Recogido también en MACCORMICK, N. y WEINBERGER, O., *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, Dordrecht, Reidel, 1992, pp. 49-76.
- , «On Analytical Jurisprudence», en *ARSP (Supplementa)*, 1982, pp. 29-41, recogido asimismo en *An Institutional Theory...*, *op. cit.*, pp. 93-109.
- MALINOWSKI, B., *Derecho, magia y religión*, Barcelona, Ariel, 1994.
- MONTORO BALLESTEROS, A., *Sistema de teoría fundamental del Derecho*, t. I, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- OLLERO, A., *¿Tiene razón el Derecho? Entre método científico y voluntad política*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1996.

- , «Comte en los orígenes del sociologismo jurídico», en *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*, vol. 2, V. Zapatero (ed.), Universidad de Alcalá, Servicio de Publicaciones, 2002, pp. 565-607.
- ORREGO, C., *H. L. A. Hart. Abogado del positivismo jurídico*, Pamplona, Eunsa, 1997.
- PETRAZHITSKY, L., *Law and Morality*, ed. de J. H. Wigmore, J. Hall, E. N. Cahn et alii, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 1955.
- RECASENS SICHES, L, *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, México, Porrúa, 1963.
- RIVAS, P., «Kelsen y la definición del Derecho», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 3 (1999), pp. 481-491.
- ROBLES MORCHÓN, G., *Las reglas del Derecho y las reglas de los juegos. Ensayo de teoría analítica del Derecho*, Facultad de Derecho de Palma de Mallorca, [s. f.].
- RODRÍGUEZ MOLINERO, M., *Introducción a la ciencia del Derecho*, Salamanca, Cervantes, 1993.
- , *Introducción a la filosofía del Derecho*, Madrid, Universidad Complutense, 2000.
- SÁNCHEZ CÁMARA, I., *Derecho y lenguaje. La filosofía de Wittgenstein y la teoría jurídica de Hart*, Universidad de La Coruña, 1996.
- SEARLE, J. R., *Speech Acts: an Essay in the Philosophy of Language*, Londres, Cambridge U. P., 1969. Existe versión castellana: *Actos de habla. Ensayo de filosofía del lenguaje*, Madrid, Cátedra, 1980.
- SERNA, P., «Modernidad, posmodernidad y derecho natural: un iusnaturalismo posible», en *Persona y Derecho*, 20 (1989), pp. 155-188.
- , *Positivismo conceptual y fundamentación de los derechos*

- humanos*, Pamplona, Eunsa, 1990.
- , «En defensa de C. S. Nino. Algunas consideraciones sobre el iusnaturalismo», en *Persona y Derecho*, 23 (1990), pp. 307-330.
- , «Algunas consideraciones sobre el iusnaturalismo», en MASSINI, C. I., *El iusnaturalismo actual*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, pp. 299-320.
- , «Sobre las respuestas al positivismo jurídico, en *Persona y Derecho*, 37 (1997), pp.
- , «Sobre el "Inclusive Legal Positivism". Una respuesta al Prof. Vittorio Villa», en *Persona y Derecho*, 43 (2000), pp. 96-146.
- , *Proyecto docente y de investigación*, inédito, La Coruña, 2002.279-314.
- SOROKIN, P., *Contemporary Sociological Theories*, Nueva York, Harper & Brothers, 1928.
- , «The Organized Group (Institution) and Law-Norms», en *Essays in Honor of Roscoe Pound*, *op. cit.*, 1948, pp. 668-695.
- STEVENSON, C. S., *Ethics and Language*, 1944. Existe versión española *Ética y lenguaje*, trad. de E. A. Rabossi, Buenos Aires, Paidós, 1971.
- TIMASHEFF, N. S., «Introduction», en PETRAZHITSKY, L., *Law and Morality: op. cit.*, pp. xvii-xlvi.
- , *Introduction to the Sociology of Law*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Committee on Research in the Social Sciences, 1939.
- VINOGRADOFF, P., *Common Sense in Law*, Londres, Oxford University Press, 1913. Existe traducción castellana: *Introducción al Derecho*, trad. De V. Herrero, México, Fondo de Cultura Económica, 1967.